Maître Guy Lautier
Animateur
Francis Lefebvre Formation

Démission
Départ négocié
Licenciement
Retraite
Sanctions

2010 - 2011

9e édition

Concrètement que dois-je faire ?

Employeur et salarié : quels sont vos droits et vos devoirs ?



MAXIMA
LAURENT DU MESNIL ÉDITEUR

Maître Guy Lautier
Animateur
Francis Lefebvre Formation

Démission
Départ négocié
Licenciement
Retraite
Sanctions

9e édition actualisée

Concrètement que dois-je faire ?

Employeur et salarié : quels sont vos droits et vos devoirs ?



Avocat au barreau des Hauts de Seine, mention de spécialisation Droit social, diplômé ès-sciences économiques (Paris) 3e cycle gestion du personnel de l'ESSEC, **Guy Lautier** a été pendant quinze ans Directeur des Ressources Humaines dans le premier groupe de B.T.P. français à l'époque (SCREG et ses filiales, repris par Bouygues depuis).

Avocat, mention de spécialisation en droit social, conseil et formateur en Droit du travail principalement pour **Francis Lefebvre** Formation, Guy Lautier est un spécialiste des Petites et Moyennes Entreprises et des entités décentralisées des groupes.

Outre sa double expérience de praticien et d'Avocat, il a créé et présidé une société de travail temporaire d'une vingtaine d'agences.
Vous pouvez le contacter à : guy.lautier@maxima.fr

Du même auteur, chez le même éditeur :

- *Contrats de travail (2e édition 1998)*
- *Les rémunérations (1993)*
- *Réussir les 35 heures (2e édition 1999)*
- *Durée du travail, Congés payés, Repos, Absences, Temps partiel (2e édition 2001)*
- *La transaction de licenciement, de mise à la retraite et en cas de départ négocié (2003)*
- *La négociation collective (2005).*



192, bd. Saint-Germain, 75007 Paris
Tél. + 33 1 44 39 74 00 – Fax + 33 1 45 48 46 88

Internet : www.maxima.fr

ISBN : 978284001590 1

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS

UNE PROFONDE MISE À JOUR DU CODE DU TRAVAIL

Cette 9e édition a dû être presque intégralement réécrite, tellement la législation a été modifiée avec la recodification du Code du Travail et les lois inspirées par le Président de la République, qui n'a rien imposé mais à fait organiser des négociations entre les partenaires sociaux avec des objectifs d'orientation et une date butoir. Lorsque ceux-ci ont signé un accord, la loi n'a fait que le traduire. Tel fut le cas de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, (dit A.N.I.) qui a fait l'objet des lois et règlements de l'été 2008.

Par ailleurs, se poursuit le harcèlement jurisprudentiel des arrêts de la Cour de cassation.

Les principales modifications portent sur :

– **Les nouvelles périodes d'essai,** applicables dès le 1er juillet 2009, à défaut d'un accord collectif signé depuis le 25 juin 2008. De nombreuses conventions collectives avaient toujours des périodes d'essai négociées il y a plus de 60 ans ! Bravo à cet accord interprofessionnel A.N.I. que la loi a codifié cet été. Dorénavant, avec l'allongement des périodes d'essai, il y a un préavis.

– **La démission et son pendant, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié pour faute de l'employeur. Tel est en particulier le cas du harcèlement moral ou sexuel.** Perte de moralité des hiérarchiques, craintes des risques d'un licenciement, cette lamentable méthode qui consiste à pousser le salarié à la faute, à la dépression ou à la démission pour éviter la dépression, continue à se répandre. Qu'il y ait là ou là du harcèlement moral, nul ne peut le contester, mais la Cour de cassation a décidé qu'il fallait mettre un frein au pourcentage de salariés licenciés qui invoquent, seulement après leur départ, le harcèlement moral dont ils auraient été victimes. La position de la justice se précise : désormais, le salarié prétendant avoir été harcelé, à moins d'avoir d'incontestables preuves, aura du mal à persuader les juges s'il n'avait pas saisi, avant son licenciement, les instances prévues par le Code du Travail que sont, le médecin du travail, l'Inspecteur du Travail, le C.H.S.C.T., les Délégués du Personnel, et enfin son propre employeur par écrit. Notons que l'employeur a une totale obligation de résultat et qu'il doit prévenir tous les agissements de harcèlement. La haute Cour qui se refusait jusque-là à tout contrôle sur l'appréciation des faits de harcèlement (Cass. Soc. 27.10.2004), vient de changer de position. Devant la montée en puissance de ce contentieux sensible, il lui est apparu nécessaire de renforcer la nature de son contrôle, d'harmoniser les pratiques des différentes Cours d'appel et de préciser les règles qui conduisent la recherche de la preuve, (Les 5 arrêts du 24.09.2008).

– **Le départ volontaire à la retraite** n'a pas changé, **la nouvelle retraite progressive** a du mal à prendre son envol.

– **La nouvelle rupture conventionnelle**, issue de l'accord A.N.I, qui fut à l'origine plutôt axée sur la petite entreprise connaît un grand succès y compris dans les grandes. Mais cet envol ne risque-t-il pas d'avoir des conséquences financières sur l'équilibre des comptes de l'ASSEDIC ?

– **La transaction,** qui est de plus en plus encadrée, mais n'a rien à craindre du développement de la rupture conventionnelle. Elle ne vise ni les mêmes cas, ni les mêmes salariés.
– **Les sanctions disciplinaires et le licenciement disciplinaire,** avec une jurisprudence récente abondante, en particulier sur les moyens de contrôle des salariés.
– **La procédure de licenciement,** où a été enfin supprimé le vocable de « jour franc » entre l'entretien préalable et l'envoi d'une lettre de licenciement, qui n'était pas compris, au profit de « surlendemain » que tout le monde comprend.
– **Un contentieux prud'homal** qui s'accroît chaque année. Le présent chapitre fournit les dernières statistiques publiées.
– **Les motifs invoqués lors des licenciements non économiques,** tels : licenciements pour perte de confiance, pour incompatibilité d'humeur, mésentente ou divergences de vue, pour insuffisance de résultat, insuffisance professionnelle, non atteinte des objectifs, ou clauses de quota non respecté, pour maladie prolongée ou arrêts trop répétés, jusqu'au licenciement individuel pour motif économique, que la Cour de cassation encadre de plus en plus précisément. Certains sont tellement subjectifs.
– **Le licenciement pour refus par le salarié d'accepter une modification d'une clause essentielle de son contrat de travail.** Les arrêts récents devraient inciter les employeurs à distinguer dans le contrat initial de travail les clauses essentielles qui ne pourront ultérieurement être modifiées qu'avec l'accord des deux parties, et les clauses évolutives. D'ailleurs l'A.N.I. a prévu cette distinction et un texte d'application devrait sortir en 2009.
– **Un renforcement de la protection pour la grossesse-maternité.**
– **Le licenciement des seniors,** après la disparition de l'ancienne contribution Delalande, notre Président de la République souhaite que cesse cette élimination des seniors dans les entreprises. Les partenaires sociaux sont appelés à négocier et à arrêter ces pratiques.
– **Le doublement de l'indemnité légale de licenciement,** mesure issue de l'A.N.I. à partir de 1 an au lieu de 2 ans.
– **Le renouveau du reçu pour solde de tout compte** qui était devenu totalement inutile, là encore, conséquence de l'A.N.I.
– **La délivrance en fin de contrat du livret d'épargne salariale** récapitulant les droits du salarié (participation, intéressement, Plans d'Épargne, PERCO, etc.).

Le présent ouvrage s'est donné pour objectif d'aider au mieux ceux qui sont « sur le terrain » pour s'y retrouver simplement et avec sécurité, en évitant le double écueil d'être trop théoricien et celui d'être trop simpliste.
Il a pris pour ligne de conduite la neutralité, de n'être pas partisan, et de donner des conseils pratiques et actualisés, tant au salarié qu'à l'employeur ou au hiérarchique.

Par ma quadruple expérience :

– de Directeur des Ressources Humaines dans un grand Groupe de plusieurs dizaines de milliers de personnes et d'une centaine d'établissements ou filiales pendant quinze ans ;
– de créateur et Président d'une entreprise de service pendant deux ans ;

– d’Avocat ou de Conseil juridique pendant quinze ans ;
– de formateur en droit du travail, en particulier au sein de Francis Lefebvre Formation ;

je n’ai fait qu’être confronté à la problématique d’apporter la réponse la plus opérationnelle, la plus fiable et la plus conforme à l’éthique en matière de ruptures individuelles des contrats de travail.

CET OUVRAGE PERMET DE RETROUVER RAPIDEMENT DES RÉPONSES SIMPLES, CONCRÈTES ET FIABLES

Cet ouvrage permet de retrouver rapidement des réponses simples, concrètes et fiables, mieux encore que les précédents il est le témoignage d’un praticien.
Il se limite aux ruptures individuelles (et non collectives), et ne traite pas de questions connexes telles les clauses de concurrence.
Il est divisé en 33 chapitres correspondant chacun à un thème facilement identifiable, à travers un plan unique pour chacun.

– Une **VUE D’ENSEMBLE** d’une page, en forme d’ordinogramme ou d’arbre de décision, qui permet de repérer le cadre juridique du thème abordé, son intérêt, d’identifier rapidement dans quel cas on se trouve, et comment bien poser son problème.

– **POUR PLUS DE DÉTAILS** reprend de façon précise et détaillée chacun des éléments présentés synthétiquement dans la « vue d’ensemble ». De nombreux modèles de lettres, des conseils tant pour le salarié que pour l’employeur, et la mention des arrêts les plus récents en rendent l’utilisation très concrète et opérationnelle, et pour chaque chapitre le dernier élément présenté concerne « les procès les plus fréquents » sur la question.

– Les **QUESTIONS / RÉPONSES** reprennent les interrogations le plus souvent formulées, aussi bien par les salariés que par les employeurs, en y apportant une réponse précise et toujours dans un langage simple.

– Enfin un **INDEX THÉMATIQUE** très complet permet de retrouver rapidement toutes les informations relatives à une question.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.C.O.S.S. :	Agence Centrale des Organismes de Sécurité sociale
A.N.P.E. :	Agence nationale pour l'emploi
A.P.E.C. :	Association pour l'emploi des cadres
Art. :	Article
ASSEDIC :	Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
B.I.A.F. :	Bordereau individuel d'accès à la formation
B.T.P. :	Bâtiment et travaux publics
C. app. :	Cour d'appel
Cass. :	Arrêt de la Cour de cassation
Cass. Civ. :	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile
Cass. Crim. :	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass. Soc. :	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale
C.A. :	Cour d'Appel
C.E. :	Conseil d'État
C.H.S.C.T. :	Comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail
Cir. min. :	Circulaire ministérielle
C.P.A.M. :	Caisse primaire d'assurance maladie
C.R.D.S. :	Contribution au remboursement de la dette sociale
C.S.G. :	Contribution Sociale Généralisée
C.S.S. :	Code de la Sécurité sociale
C.T. :	Code du Travail
D.D.T.E. :	Direction départementale du travail et de l'emploi
D.R.T. :	Direction des relations du travail (ministère du Travail)
F.N.E. :	Fonds national de l'emploi
G.A.R.P. :	Groupement des Assedic de la région parisienne
J.O. :	Journal officiel
L. :	Loi
Lettre R.A.R. :	Lettre Recommandée avec Accusé de réception
R. :	Règlement
R.J.S. :	Revue de Jurisprudence Sociale de Francis Lefebvre
R.T.T. :	Réduction du temps de travail
T.G.I. :	Tribunal de Grande Instance
T.I. :	Tribunal d'Instance
U.N.E.D.I.C. :	Union nationale pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
V.R.P. :	Voyageur, représentant, placier.

PREMIÈRE PARTIE

LES QUATRE CAS DE DÉPART APPAREMMENT SIMPLES

I La rupture en cours de période d'essai

II La démission, la rupture pour faute de l'employeur et le harcèlement moral

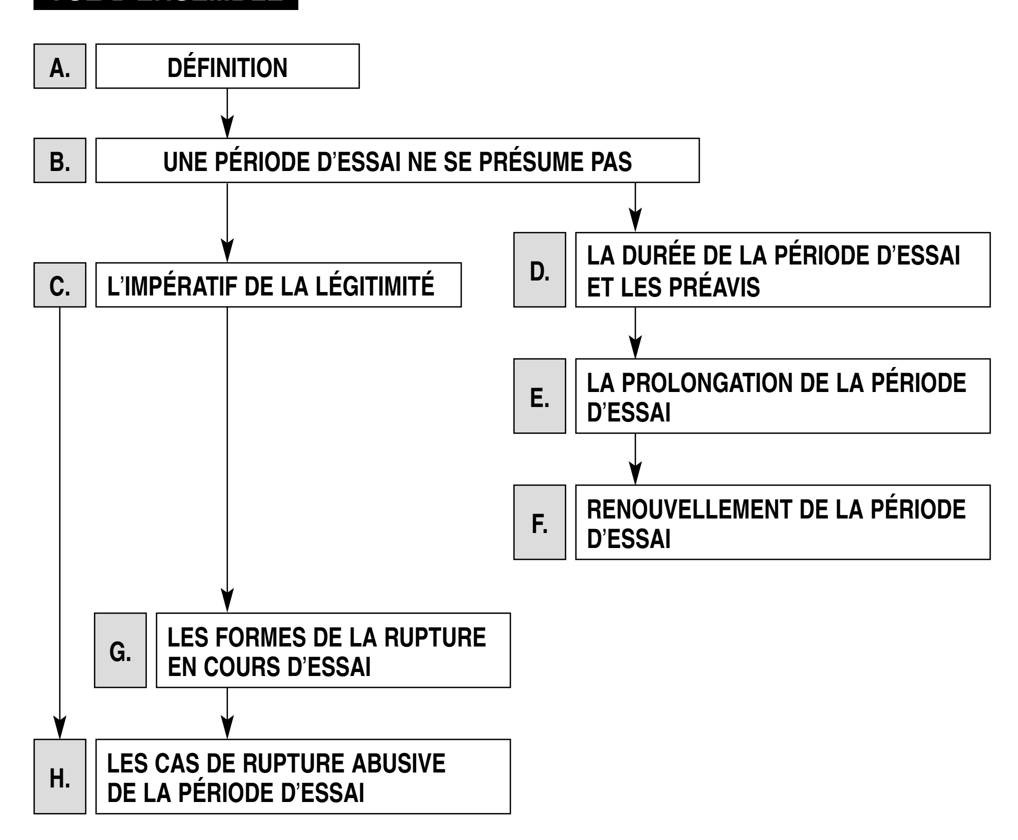
III Le départ volontaire à la retraite ou à la retraite progressive

IV La mise à la retraite par l'employeur

I

LA RUPTURE EN COURS DE PÉRIODE D'ESSAI

VUE D'ENSEMBLE



LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. DÉFINITION

La période d'essai est la première période d'exécution du contrat de travail. Elle permet aux parties de déterminer si elles veulent collaborer.

> Art. L. 1221-20 : « La période d'essai permet :
> – à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience,
> – et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent. »

Dorénavant, **si le contrat de travail ne précise pas une durée de période d'essai, le salarié n'a pas de période d'essai.**
Dérogeant aux dispositions d'ordre public régissant la rupture du contrat de travail, la Cour de cassation lui donne une **interprétation très restrictive** dans tous les cas où il y a matière à interprétation.
En somme, « si un doute subsiste, il profite au salarié ».

Le Code du Travail, avant cette loi, était assez muet sur sa rédaction, son renouvellement, les conditions de sa résiliation avec ou sans préavis et sa durée, sauf pour :
– les apprentis : 2 mois (art. L. 6222-18) ;
– les V.R.P. : maximum 3 mois (art. L. 7313-5) ;
– les employés de maison : Leur Convention collective prévoit 1 mois avec un seul renouvellement possible d'un mois ;
– le Contrat-jeune : 1 mois (art. L. 5134-14) ;
– le Contrat d'Avenir : 1 mois (art. L. 5134-44) ;
– le Contrat Insertion-Revenu Minimum d'Activité : 1 mois (art. L. 5134-92) ;
– le Contrat relatif à des activités d'adulte-relais : 1 mois (art. L. 5134-103) ;
– les C.D.D. (Contrat à Durée Déterminée) de durée initiale inférieure ou égale à 6 mois : 1 jour travaillé par semaine avec 2 semaines calendaires maximum, et 1 mois pour les C.D.D. supérieurs à 6 mois (art. L. 1242-10 et 11) ;
– les C.T.T. (Contrat de Travail Temporaire) de durée inférieure à 1 mois : 2 jours travaillés, de durée comprise entre 1 et 2 mois : 3 jours travaillés et de durée supérieure à 2 mois : 5 jours travaillés (art. L. 1251-14 et 15).

À défaut de clause précise dans le contrat de travail, ce dernier est réputé conclu immédiatement, dès le premier jour, pour une durée indéterminée, sans période d'essai.

La preuve de la période d'essai incombe à l'employeur.

Ce qui est nouveau depuis 2008

Pour faire face à des périodes d'essai beaucoup trop courtes prévues par les Conventions collectives, (souvent négociées il y a plus de 60 ans !) les syndicats patronaux et de salariés ont conclu un accord national interprofessionnel le 11.01.2008 modifiant notamment la durée des périodes d'essai.
Le législateur a repris ces nouvelles dispositions.

Art. L. 1221-19 : « Le Contrat de travail à Durée Indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est :
1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ;
2° Pour les agents de maîtrise et les Techniciens, de trois mois ;
3° Pour les cadres, de quatre mois ».
Dorénavant la durée de la période d'essai interprofessionnelle, « sauf accord de branche conclu avant l'entrée en application du présent accord et prévoyant des durées supérieures, (dispositions transitoires jusqu'au 30.06.2008) », est ainsi définie.

La loi prévoit un renouvellement possible (Voir par. F)

B. UNE PÉRIODE D'ESSAI NE SE PRÉSUME PAS

La loi de juin 2008 a confirmé la jurisprudence antérieure qui tendait à imposer que l'employeur apporte la preuve de l'information et de l'accord du salarié.
"Le contrat de travail n'est valablement rompu pendant l'essai, qu'autant que la rupture a été portée à la connaissance du salarié" (Cass. Soc. 19.10.2006, R.J.S. 4/07 n° 523).

« La seule référence à la Convention collective ne suffit pas à apporter la preuve qu'elle a été convenue » (Cass. Soc. 16.05.2007 n° 06-40.805).

Ce qui est nouveau depuis 2008

L'accord interprofessionnel du 11.01.2008 a concrétisé la tendance jurisprudentielle : « La période d'essai ne se présume pas. Pour exister, elle doit être expressément stipulé dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail. »

Elle doit donc être établie par le contrat de travail.
Elle n'est jamais d'office et n'est donc pas obligatoire.

Si un renouvellement est conventionnellement possible, le contrat initial doit le préciser.

C. L'IMPÉRATIF DE LA LÉGITIMITÉ DE L'ESSAI

En cas d'absence de Convention collective applicable
C'est la période d'essai interprofessionnelle qui s'applique sans possibilité de renouvellement.

En cas de changement d'employeur
Après une reprise du salarié par une nouvelle Entreprise (au titre de l'ex article L. 122-12 du Code du Travail, devenu l'article 1224-1), le nouvel employeur ne saurait imposer une période d'essai, il est tenu de reprendre les salariés concernés avec leurs contrats de travail, leurs avantages individuels acquis et leur ancienneté. (C.A. Versailles 16.10.1995, R.J.S. 1/96 n° 5).
Dans le même sens, « si les parties conviennent d'une application volontaire de l'article L.122-12, ils excluent par là même la possibilité de soumettre le salarié à une période d'essai. » (Cass. Soc. 01.02.1995, R.J.S. 8/95 p. 553).

En cas d'affectation du salarié à de nouvelles fonctions
Une période d'essai pourrait être légitime, en cas de mutation, promotion... « s'il y a novation importante de leurs rapports contractuels. » Mais la jurisprudence est bien limitée et ancienne, (Cass. Soc. 28.06.1989, R.J.S. 8/89. n° 660), aux cas où les fonctions sont nouvelles et totalement différentes des anciennes. La seule solution est le détachement probatoire ou la période probatoire.
En tout état de cause, le salarié ne saurait renoncer aux garanties légales attachées à la rupture du contrat de travail (Cass. Soc. 29.05.1991, R.J.S. 7/91 n° 810). Dans le pratique, si cet « essai » était jugé insuffisant, le salarié se retrouverait dans la position initiale avant cette modification.
C'est pourquoi, les Conventions collectives et les employeurs prudents ou ayant une certaine éthique, qualifient cette période de « période probatoire, distincte de la période d'essai ».

En cas de succession de contrats de travail
Si un salarié est engagé en C.D.I. (Contrat à Durée Indéterminée) à l'issue d'un C.D.D. (Contrat à Durée Déterminée), « la durée du Contrat à Durée Déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail » (art. L.1243-11).
Il en va de même à l'issue d'un C.T.T. (Contrat de Travail Temporaire) : « la durée des missions effectuées au cours des trois derniers mois précédant l'embauche est déduite de la période d'essai éventuellement prévue. »

Art. L.1251-38 du C.T. : « Lorsque l'entreprise utilisatrice embauche, après une mission, un salarié mis à sa disposition par une entreprise de travail temporaire, la durée des missions accomplies au sein de cette entreprise au cours des trois mois précédant le recrutement est prise en compte pour le calcul de l'ancienneté du salarié. Cette durée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail. »

« La période d'essai doit permettre à l'employeur de tester les aptitudes du salarié à l'emploi proposé, il ne peut donc prévoir une nouvelle période d'essai lorsqu'il a déjà été en mesure de connaître ses capacités professionnelles. En effet, depuis longtemps ce salarié avait exercé pour l'employeur avec des contrats successifs sur des chantiers supervisés par cet employeur. » (C.A. Paris 21.11.2006 n° 06-8085).

La rupture de l'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié

L'essai étant destiné à permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle et comportementale du salarié, toute rupture de la période d'essai pour un motif étranger (économique, discriminatoire, etc. est abusive), (Cass. Soc. 20.11.2007 n° 06-41.212, R.J.S. 2/08 n° 134).

D. LA DURÉE DE LA PÉRIODE D'ESSAI ET LES PRÉAVIS

Les parties sont libres de fixer la durée de la période d'essai, mais dans le strict respect des dispositions :

- de l'accord interprofessionnel du 11.01.2008,
- ou dans celui de la Convention collective applicable qui aurait fixé une durée supérieure après le 25.06.2008.

Toutefois, à titre transitoire jusqu'au 30 juin 2009, les anciennes dispositions conventionnelles continueront à s'appliquer, dans un sens souvent moins favorable au salarié (art. 1221-26) :

– si la Convention collective avait fixé une durée plus longue avant le 25.06.2008,
– si la Convention collective avait fixé une durée plus courte avant le 25.06.2008.

Naturellement, l'employeur peut toujours fixer des périodes d'essai plus courtes par le contrat de travail.

L'accord interprofessionnel du 11.01.2008 précise (art. 4 *in fine*) : « Les dispositions qui précèdent ne font pas échec à la fixation de périodes d'essai plus courtes dans le lettre d'engagement ou dans le contrat de travail. »

Le point de départ de la période d'essai est la date d'entrée en fonction, sans abus de droit. Ainsi, une période d'essai stipulée et approuvée postérieurement à la date de commencement de l'exécution du contrat, démarre le jour de début du travail et non le jour de sa signature (Cass. Soc. 28.06.2000 n° 98-43.8354, 28.06.2000 n° 98-45.349 FP).

Il convient que soit mise fin à l'essai avant le dernier jour de la période d'essai prévue au contrat, sinon, si l'initiative émanait de l'employeur, il s'agirait ni plus ni moins que d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 17.10.2007 n° 06-43.243).

Ce qui est nouveau depuis 2008

Pour les ex-stagiaires

L'accord interprofessionnel du 11.01.2008 a justement prévu que la durée du stage d'un jeune, en cas d'embauche par l'entreprise après le stage, s'il s'agit d'un stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de sa dernière année d'études doit être prise en compte dans la durée de la période d'essai, sans que cela puisse la réduire de plus de la moitié, sauf accord de branche ou d'entreprise prévoyant des dispositions plus favorables.
Art. L. 1221-24 : « En cas d'embauche dans l'entreprise à l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée du stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié, sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables. »
Jusqu'alors, rien n'était prévu et le jeune devait négocier la reprise de son ancienneté lors de son engagement.

Pour les préavis

► Le préavis pour rupture de l'essai décidé par l'employeur
L'accord interprofessionnel du 11.01.2008 a prévu un délai de prévenance dans le cas où l'employeur mettrait fin à une période d'essai, ce que la loi a repris :
Art. L. 1221-25 : « Lorsqu'il est mis fin, par l'employeur, au contrat en cours ou au terme de la période d'essai définie aux articles L. 1221-19 à L. 1221-24 ou à l'article L. 1242-10 pour les contrats stipulant une période d'essai d'au moins une semaine, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :
– 24 heures en deçà de huit jours ; de présence ;
– 48 heures entre 8 jours et un mois de présence ;
– 2 semaines après un mois de présence ;
– 1 mois après 3 mois de présence.

La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance. »

Ce délai de prévenance ne peut avoir pour effet de prolonger la période d'essai au-delà des maxima prévus ci-dessus.
Pratiquement, il convient que l'employeur qui s'y serait pris trop tard verse une « indemnité de délai de prévenance non effectué ».

► La fin de l'essai décidé par le salarié
Art. L. 1221-26 : « Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci respecte un délai de prévenance de 48 heures.
Ce délai est ramené à 24 heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à 8 jours ».

EXCEPTIONS

Les durées légales sont impératives, à l'exception :
- de durées plus longues fixées par les accords de branche (Conventions collectives), conclues avant le 26.06.2008 ;
- de durées plus courtes fixées par des accords collectifs, conclues après le 26.06.2008 ;
- de durées plus courtes fixées par le Contrat de travail (art. L.1221-22) ;

E. LA PROLONGATION DE LA PÉRIODE D'ESSAI

La suspension du contrat de travail (maladie, accident, congé sans solde, congés payés...) permet de prolonger à due concurrence la durée de la période d'essai du temps de l'absence, en jours calendaires, et non en jours travaillés (Cass. Soc. 23.05.2007, R.J.S. 11/07 n° 1159 et 26.05.1994. n° 90-45-318).
Tel est encore le cas quand la période d'essai, déjà commencée, se trouve incluse pendant la période de la fermeture annuelle de l'établissement, (Cass. Soc. 27.01.1995, R.J.S. 2/95 n° 105).

Mais attention, **la période d'essai commence à courir le premier jour où le salarié est engagé et est rémunéré,** ceci ne peut être contourné, on ne peut la repousser, même en cas de retard dans l'ouverture de l'établissement ou temps de formation préalable (Cass. Soc. 18.06.1996, Liaisons Sociales n° 7521 du 03.09.1996).

F. RENOUVELLEMENT DE LA PÉRIODE D'ESSAI

Art. L. 1221-21 : « La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit.
Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement.
La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut dépasser :
– 4 mois pour les ouvriers et employés
– 6 mois pour les agents de maîtrise et techniciens
– 8 mois pour les cadres. »

Donc, le renouvellement n'est possible que :
– si la Convention collective applicable (accord de branche étendu), le prévoit et le permet, et dans les limites qu'elle a fixées (Cass. Soc. 02.07.2008, R.J.S. 10/08 n° 954) ;
– et que le contrat de travail initial en ait prévu la possibilité (art. L. 1221-23).

Mais il convient que ce renouvellement ait été proposé au salarié un peu avant l'expiration de la période initiale et ait reçu son approbation formelle.
Une clause de renouvellement automatique prévu dans le contrat initial serait réputée nulle.
« Le renouvellement ou la prolongation de la période d'essai ne pouvant résulter que d'un accord exprès des parties, intervenu au cours de la période initiale, celles-ci ne sauraient convenir d'un renouvellement ou d'une prolongation tacite » (Cass. Soc. 10.01.2001, R.J.S. 3/01 n° 280).
Même si le renouvellement est approuvé par le salarié, mais que la Convention collective ne l'a pas prévu, la clause est nulle.
La Cour de cassation exerce à cet égard un contrôle très rigoureux sur le respect du formalisme et des normes conventionnelles éventuelles.

Normes conventionnelles de la période d'essai

Catégories de salariés	Durée initiale prévue	Durée maximale renouvellement inclus
Ouvriers et employés	2 mois	4 mois
Agents de maîtrise et techniciens	3 mois	6 mois
Cadres	4 mois	8 mois

G. LES FORMES DE LA RUPTURE EN COURS D'ESSAI

C'est un mode de rupture autonome du contrat, ce n'est ni une démission, ni un licenciement.
À tout moment, jusqu'au dernier jour de la période d'essai, les deux parties ont la possibilité de rompre le contrat, sans avoir à justifier de leurs motifs, tout du moins jusqu'à ces derniers temps.

Pour le salarié, il n'a pas à justifier de ses motifs, il convient qu'il adresse à son employeur une lettre R.A.R. ou qu'il la remette contre décharge.
Pour l'employeur, par contre, compte tenu de la jurisprudence récente, nous ne saurions que lui recommander le respect d'un formalisme précis et d'avoir tous les éléments de preuve écrits et dûment approuvés.

Mais, dans un certain nombre de cas, et qui sont de plus en plus fréquents, nous conseillons à l'employeur de justifier sommairement des motifs lorsqu'il y a une interprétation possible. Pour s'en convaincre, il suffit de lire ce qui suit.

H. LES CAS DE RUPTURE ABUSIVE DE LA PÉRIODE D'ESSAI

Les Tribunaux peuvent juger qu'il y a « rupture abusive » :

- lorsque **la résiliation est prononcée pour un motif illicite** : état de grossesse, ou à la suite d'un accident du travail (voir questions / réponses ci-après) ;
- si elle révèle un « **détournement de pouvoir résultant de la malveillance ou d'une intention de nuire** ».
- si elle procède d'une « **légèreté blâmable** », par exemple, lorsque la rupture est prononcée pour des faits extérieurs à la prestation de travail, tel le cas d'une rupture pour maladie du salarié pendant son essai (Cass. Soc. 18.06.1996 Climent c/ Conforama) ;
- pour une « **précipitation fautive », l'employeur « abusant de son droit** ».

« Si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations de travail avant la fin de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus » (Cass. Soc. 06.12.1995, R.J.S. 1/96 n° 2). En l'espèce, le contrat avait été résilié 5 jours après le début du travail, et de plus, pour des motifs étrangers aux prestations fournies.

Dans un arrêt de la 18.07.1996, la Cour de cassation a approuvé la condamnation de l'employeur ayant rompu la période d'essai au bout de quatre jours seulement au motif que le salarié ne présentait pas les qualités professionnelles requises.

Enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 22.11.1995 a relevé « le trop court laps de temps (28 jours pour une période d'essai de 6 mois), pendant lequel le contrat avait reçu exécution, ne pouvait permettre à l'employeur d'apprécier sérieusement les qualités professionnelles de son collaborateur et que la brusque rupture en cours de période d'essai trouvait sa cause dans un motif étranger aux prestations fournies », (R.J.S. 1/96 n° 2).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

- L'absence de clause de période d'essai dans le contrat de travail (chap. A et B).
- Des périodes d'essai abusives (chap. C et H).
- Une durée de l'essai plus longue que celle prévue conventionnellement.
- Un renouvellement non autorisé par la Convention (chap. F).
- Une absence de formalisme et de preuve côté employeur (chap. G).
- Une rupture pour motif économique habillée en rupture en cours d'essai.
- Des cas de plus en plus fréquents de ruptures par l'employeur, jugées abusives.

QUESTIONS / RÉPONSES

Un salarié à temps partiel peut-il avoir une période d'essai plus longue qu'un temps plein ?

Non, c'est interdit par l'article L. 3123-1 et suivants du C.T.

Peut-on mettre fin à l'essai d'une salariée en état de grossesse ?

Oui, mais pour une cause totalement étrangère à son état de grossesse. En effet, comme « il est interdit de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour résilier son contrat de travail au cours de sa période d'essai » (art. L.1225-5 du C.T.), l'employeur mettant fin au contrat pour un tout autre motif a tout intérêt à légitimer par écrit les motifs étrangers à la grossesse, car en cas de procès, il lui appartiendrait de justifier qu'il n'y a pas eu discrimination sur l'état de grossesse dans sa décision. Une simple évo-

cation d'un motif économique est insuffisante, s'il n'est pas démontré dans la lettre de licenciement de l'impossibilité de l'employeur de maintenir le contrat de la salariée pendant sa période de protection.

Peut-on mettre fin à l'essai d'un salarié victime d'un accident du travail ?

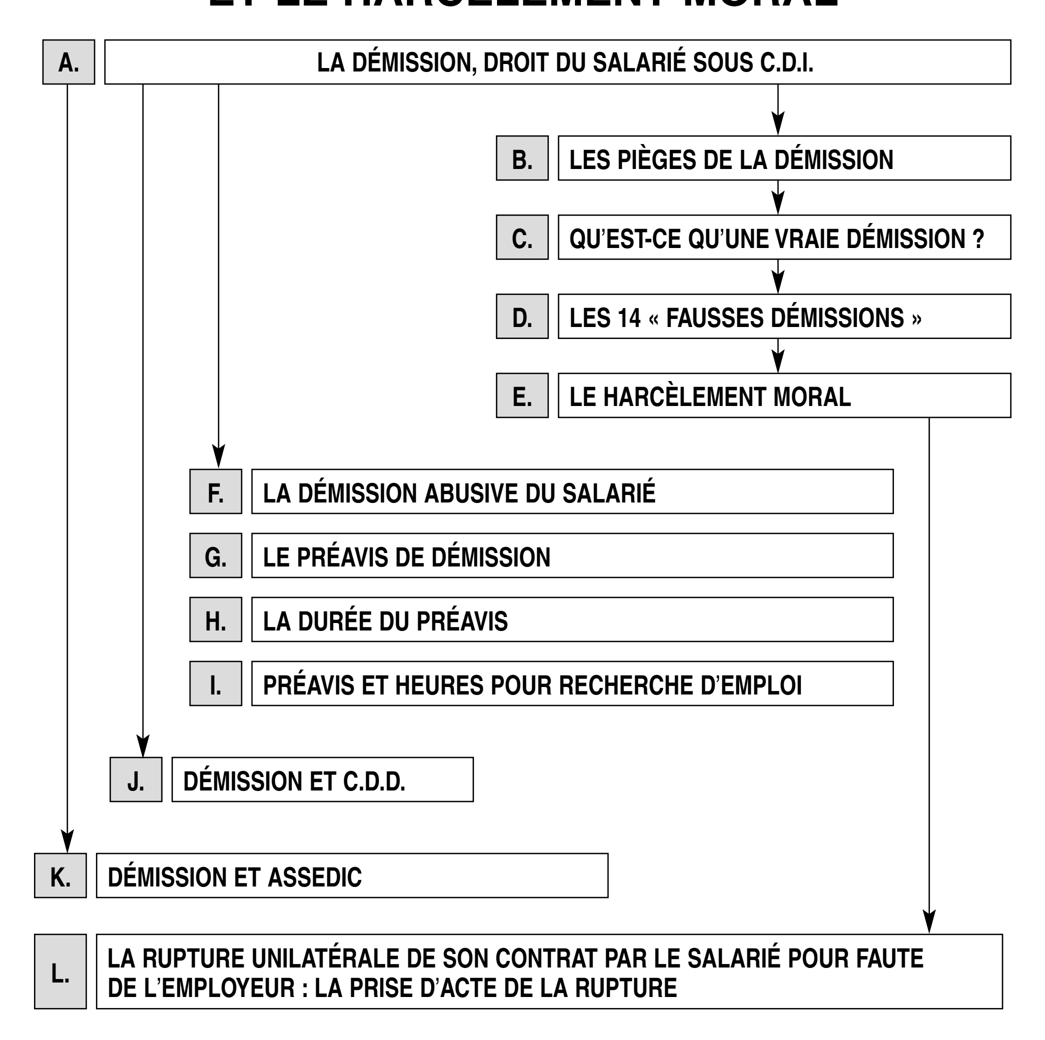
Non, rappelle la Cour de cassation sur le fondement de l'article L.1226-9 du C.T. en l'absence de faute grave du salarié ou en cas d'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat. La résiliation dudit contrat prononcé en cours de période d'essai serait nulle, en raison de l'origine professionnelle de l'accident, (Cass. Soc. 19.04.1989, R.J.S. 5/89 n° 410 et 05.06.1990, R.J.S. 3/90 n° 546.

Y a-t-il une forme légale de rupture de la période d'essai ?

Certaines Conventions collectives, qui datent, ne prévoient que 7 ou 8 jours. Non, seules les Conventions collectives prévoient souvent un certain formalisme. Mais cet employeur ayant adressé simplement un imprimé ASSEDIC au salarié, n'a pas suffi à la justice, bien que cet imprimé mentionne expressément la fin de l'essai (Cass. Soc. 17.10.2007 n° 06-44.388).

II

LA DÉMISSION, LA RUPTURE POUR FAUTE DE L'EMPLOYEUR ET LE HARCÈLEMENT MORAL



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LA DÉMISSION, DROIT DU SALARIÉ SOUS CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE

« Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre. Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai » (art. L. 1231-1).
La démission est la décision unilatérale prise par un salarié de résilier (de rompre) son contrat de travail à durée indéterminée, sous réserve d'un délai de prévenance dit « préavis ». Il n'a pas à justifier, à motiver sa décision, et naturellement, l'employeur ne peut « la refuser ».

B. LES PIÈGES DE LA DÉMISSION

Contrairement au licenciement qui oblige l'employeur :
– au respect d'un formalisme légal contraignant, aucun formalisme n'est prévu dans la loi pour la démission, pas même pour celle des salariés protégés ;
– à justifier d'une cause réelle et sérieuse, le salarié n'a pas à justifier des raisons de sa démission.

Ceci entraîne de nombreuses difficultés tant pour l'employeur que pour le salarié :
– Une démission orale est-elle une démission sûre ?
– Qui est responsable de la rupture en réalité ?
– Quel est le point de départ du préavis ?

C. QU'EST-CE QU'UNE VRAIE DÉMISSION ?

Une démission ne se présume pas, elle doit marquer une volonté claire, sérieuse, définitive, et non équivoque du salarié.

Une volonté non équivoque

Rien de plus équivoque qu'une démission orale, surtout donnée sans témoin, ou devant des témoins qui ne voudraient pas témoigner en cas de litige. **Rien ne vaut un écrit pour établir une manifestation claire de volonté.**

Une démission écrite peut être remise en main propre contre décharge avec mention de la date de remise, ou adressée à l'employeur en R.A.R.

Modèle type de lettre du salarié

Prénom Nom *Lieu… Date…*
Adresse
Destinataire

Monsieur le Directeur,

En confirmation de mes entretiens avec… j'ai le regret de vous notifier par la présente, pour le bon ordre de mon dossier, ma démission à compter de la présentation de cette lettre.
Je souhaiterais examiner avec vous les conditions d'exécution de mon préavis et de prise de mes heures pour recherche d'emploi.
Veuillez…
Signature

En cas de démission orale, ou ambiguë, l'employeur aurait intérêt à prendre acte de la démission par écrit avec remise contre décharge ou lettre R.A.R :

Société Nom *Lieu… Date…*
Destinataire
Cher M…
Pour le bon ordre de votre dossier administratif, nous prenons acte de votre démission en date du… Sauf avis contraire de votre part, ou autre convention entre nous, votre préavis s'achèvera donc le… au soir.
À cette date, nous tiendrons à votre disposition les éléments de liquidation de votre compte et votre certificat de travail.
Nous vous laissons le soin de fixer avec votre responsable hiérarchique, les modalités de prise des heures pour recherche d'emploi auxquelles vous avez droit.
Veuillez…
Signature

Une volonté claire, sérieuse et définitive

Ainsi, lorsque les propos ou agissements du salarié sont dus à une émotion, un mouvement d'humeur, un énervement passager, un désarroi… que celui-ci regrette peu après, ils ne peuvent être interprétés comme la manifestation d'une volonté sérieuse et non équivoque de démissionner.

La Cour de cassation estime qui plus est que l'acceptation hâtive par l'employeur de prendre acte d'une démission équivoque manifeste son intention de rompre lui-même le contrat du salarié (Cass. Soc. 24.02.1988).

Pour un salarié illettré qui avait pourtant signé sa lettre de démission, la Cour de cassation a jugé que celle-ci était équivoque (Cass. Soc. 19.12.2000 n° 98-46.152).

Une volonté définitive : la démission rétractée
D'une démission irréfléchie, donnée dans un moment d'émotion, puis rétractée dans les quelques jours qui suivent, on peut dire qu'elle n'est pas définitive et qu'elle est équivoque. Dans de telles circonstances, si elles sont établies, les Conseils de Prud'hommes estiment la plupart du temps qu'il ne s'agit pas d'une volonté définitive (Cass. Soc. 10.10.1997, n° 95-40.299, 26.09.2002 n° 2691, R.J.S. 12/02 n° 1369, 24.03.2004 n° 02-41.650).
Le refus par l'employeur d'accepter une rétractation écrite dans un court délai (7 jours maximum généralement), est analysé par les juges comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse.
Mais ce n'est pas gagné à tous les coups, on trouve encore des jugements en sens contraire. La jurisprudence semble s'orienter vers la possibilité de se rétracter dans la semaine par analogie avec la loi Scrivener sur la vente par correspondance.
Toutefois, il ne faut pas exagérer ! Si le salarié a abandonné son poste sans démissionner, mais s'est engagé aussitôt au service d'un autre employeur, les juges estiment qu'il y avait volonté claire de démissionner (Cass. Soc. 02.12.2003, R.J.S. 2/04 n° 178).

D. LES 14 « FAUSSES DÉMISSIONS »

1. La démission constatée par l'employeur
La Cour de cassation refuse à l'employeur le pouvoir de « constater la démission ». En pratique, l'employeur doit mettre en demeure par lettre R.A.R. le salarié de reprendre son travail ou de justifier de son absence ou de confirmer sa démission par écrit. En cas de non-réponse, il pourrait alors licencier pour faute grave.
Dans cet esprit, la non-reprise du travail après un congé parental ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de démissionner (Cass. Soc. 30.04.2002 n° 00-42.952).

2. La démission rétractée (cf. ci-dessus)

3. La démission donnée sous la violence
De nombreux exemples existent dans la jurisprudence où un salarié est pris en flagrant délit de faute ou d'erreurs commises et donne sa démission

« dans une situation intimidante comportant un élément émotionnel de nature à le mettre en position d'infériorité ». Les Tribunaux jugent souvent « que ces conditions de précipitation n'avaient pas été l'expression sereine d'une libre volonté, et qu'il y avait vice du consentement » (Cass. Soc. 13.11.86, 08.07.1992).

4. La démission donnée sous la contrainte
Tel est le cas d'une démission donnée hâtivement pour éviter un licenciement pour motif personnel ou éviter que l'employeur ne porte plainte (Cass. Soc. 27.06.1984).

5. La démission donnée pendant une procédure de licenciement collectif
Dans le cas où le salarié était sur la liste des licenciés économiques, sa démission pour être libéré plus vite doit être assimilée à un licenciement pour motif économique et traitée comme tel.

6. La démission à la suite d'agissements fautifs de l'employeur
Si les agissements de l'employeur rendaient impossible la poursuite de la relation de travail, la jurisprudence refuse alors de qualifier de démission la décision du salarié de rompre la collaboration. Elle sera considérée comme licenciement et devra être traitée comme tel par l'employeur.

Exemples :
– le harcèlement sexuel réitéré dont est victime le ou la salarié(e) ;
– le harcèlement moral réitéré dont est victime le salarié ;
– le salarié à qui l'employeur ne confie plus aucun travail ;
– le salarié qui n'est plus payé ou avec beaucoup de retard ;
– le salarié refusant de continuer à travailler dans une situation dangereuse ;
– le salarié victime de menaces, d'injures, de propos humiliants, de mesures vexatoires…

Ainsi, « s'analyse en une faute grave de l'employeur, et donc en un licenciement, la rupture de contrat de travail à l'initiative du salarié en raison d'un comportement fautif de l'employeur, qui a refusé d'accorder ses congés payés à une salariée en même temps que son mari et a fait régner dans le bureau une atmosphère tabagique au détriment de l'intéressée » (Cass. Soc. 13.12.1995, R.J.S. 2/96 n° 106).

Sur le harcèlement sexuel, la justice est de plus en plus sévère. Par un arrêt (Cour d'appel de Toulouse du 26.10.2000), l'employeur a été condamné

car il avait l'obligation de sanctionner le salarié de son entreprise qui se rendait coupable de harcèlement sexuel, ceci en violation de l'article L. 1153-6 : *« Tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement sexuel est passible de sanction disciplinaire »*.

En pratique, toute lettre de démission qui énumère les griefs que le salarié reproche à son employeur, a toutes les chances de se voir transformée par les juges en licenciement sans cause réelle et sérieuse si ceux-ci estiment que les faits invoqués sont justifiés. Dans le cas contraire, ce serait une vraie démission, (Cass. Soc. 13.12.2006 n° 04-40.527 P + B). (Voir ci-après la prise d'acte de la rupture).

7. L'abandon de poste

La jurisprudence ne l'admet plus jamais comme une démission, mais reconnaît qu'il peut justifier un licenciement pour faute grave. Bref, la justice ne cesse de répéter qu'une démission ne se présume pas, elle doit marquer une volonté claire et non équivoque de la part du salarié. Une démission ne peut pratiquement plus faire l'objet d'une prise d'acte de l'employeur (Cass. Soc. 10.07.2002 n° 00-45.56 P + B).

8. La démission donnée à la suite du refus d'un salarié d'accepter une modification d'une clause essentielle de son contrat

Lorsque l'employeur entend modifier unilatéralement une clause essentielle du contrat de son salarié (rémunération, lieu ou durée du travail, classification…), le refus de celui-ci ne peut être interprété comme une démission.

Ainsi, une salariée s'était abstenue de travailler prétendant que son employeur avait modifié un des éléments essentiels de son contrat de travail. Il avait pris acte de sa démission pour absence injustifiée. L'employeur fut condamné pour n'avoir pas respecté la procédure de licenciement, qu'il lui appartenait de suivre s'il contestait les motifs réels de la modification d'une clause substantielle évoquée par la salariée (Cass. Soc. 10.04.1996, R.J.S. 6/96 n° 656).

Par contre, cette absence injustifiée a été reconnue comme cause réelle et sérieuse de licenciement.

9. Le refus d'une sanction

Le salarié refusant une sanction régulièrement prononcée (rétrogradation, mise à pied, mutation disciplinaire…) ne peut être considéré comme démissionnaire ; par contre, ce refus pourrait justifier d'une faute grave.

10. Le refus d'une offre de reclassement en cas d'inaptitude physique

Si l'inaptitude physique est consécutive à un accident du travail ou une

maladie professionnelle survenus dans l'entreprise, le refus du salarié d'accepter le reclassement proposé est constitutif d'un licenciement à l'initiative de l'employeur.
Par contre, si l'origine de l'inaptitude est hors de l'entreprise, certains arrêts considèrent ces refus manifestement abusifs comme des démissions (Cass. Soc. 04.12.1995).

11. L'absence prolongée
Selon une jurisprudence récente et abondante, une absence prolongée, même sans justification, ne peut plus dorénavant être considérée comme démission ; ainsi, « l'absence prolongée d'un salarié ne peut constituer de sa part une manifestation de volonté non équivoque de démissionner » (Cass. Soc. 24.01.1996, R.J.S. 3/96 n° 255). Si l'employeur veut radier le salarié de ses listes, il doit engager une procédure de licenciement.

12. Le refus d'exécuter le travail
Le refus d'un salarié d'exécuter le travail demandé, par exemple avec le nouvel employeur ou un nouveau responsable, ne peut plus être considéré comme une démission (Cass. Soc. 05.11.1987). L'employeur peut, par contre, procéder au licenciement.

13. La notification d'une pension d'invalidité
La simple transmission à l'employeur par le salarié de sa pension d'invalidité ne suffit pas à caractériser une quelconque volonté de démissionner. La rupture s'analyse comme un licenciement (C.A. Poitiers 01.02.1995, R.J.S. n° 762).

14. La démission extorquée par l'employeur à la suite de manœuvres
Tel est le cas célèbre de la manœuvre consistant à inciter le salarié à démissionner afin de prendre un poste beaucoup plus avantageux chez un confrère, qui licencie l'intéressé naïf pendant sa période d'essai (Cass. Soc. 03.05.1989).
Tel est le cas du salarié poussé à démissionner pour éviter une procédure pénale ou un licenciement pour faute lourde. Mais dans tous ces cas, la charge de la preuve appartient au salarié, qui a souvent beaucoup de mal à trouver des témoins.
Tel est enfin le cas, malheureusement en augmentation, du harcèlement moral, dit « mobbing » outre-Manche ou encore psycho-terreur, sur le salarié qui est harcelé psychologiquement dans le but de l'amener à la démission pour éviter de tomber en dépression. Nous avons de plus en plus d'arrêts condamnant l'employeur dans ces cas depuis celui de la Cour de cassation de 1987.

E. LE HARCÈLEMENT MORAL

Cette pratique s'est malheureusement multipliée depuis quelques années. C'est même devenu un mode de gestion des départs dans certains cas, et la Suède l'a érigé en délit puisqu'il touche 4 % des salariés.

La loi le définit ainsi par l'article L. 1152-1 :
« Aucun salarié ne doit subir les ***agissements répétés*** *de harcèlement moral* ***qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité****, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. »*

Art. 1152-2 : *« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. »*

Art. 1152-3 : *« Toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et 2, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. »*

En pratique, il s'agit de « toute conduite abusive de la part d'une personne ayant autorité ou non, se manifestant dans l'entreprise ou l'institution, d'une façon répétitive dans la durée, par des comportements, actions, écrits, paroles, brimades, pouvant porter atteinte à la personne, sa dignité ou son intégrité physique ou psychique, en vue de l'être ou mettant en péril son emploi, ou dégradant le climat de travail ».
L'employeur est directement engagé par les agissements fautifs d'un cadre muni d'une délégation de pouvoir écrite ou tacite, dès lors qu'il représente la société à l'égard des salariés placé sous son autorité. Dans un arrêt antérieur à la loi (Cass. Soc. 15.03.2000 n° 97-45.916 D), la Cour de cassation avait estimé qu'en jetant le discrédit sur sa subordonnée, l'affectant personnellement et portant atteinte à son image, à sa fonction et à son autorité, un employeur avait manqué à ses obligations. Ces manquements présentaient une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur.
En pratique, le salarié est critiqué publiquement, on lui fait comprendre qu'il n'a plus sa place et que la porte est grande ouverte, on lui retire petit à petit ses attributions, voire certaines marques de prestige, on l'isole, on le met parfois carrément au placard, on ne le convie plus aux réunions

où il allait auparavant, on fait comprendre à tous qu'il est de leur intérêt de ne pas s'afficher avec lui et notamment au déjeuner, etc.
Au début le salarié victime culpabilise, mais dès qu'il a confié son dossier à un avocat spécialisé, il comprend dès lors que tout n'était que manœuvres intentionnelles, et il préparera alors un dossier, qui généralement était bien vide avant cette prise de conscience.
Ces malheureuses pratiques sont une atteinte à la dignité humaine, un abus de position dominante de la part du hiérarchique.
Dans le même sens, constitue un motif réel et sérieux de licenciement le harcèlement moral qu'un cadre a fait subir à ses collaborateurs, auxquels il imposait des humiliations, des pressions et un stress d'un degré tel que plusieurs d'entre eux ont présenté leur démission ou leur intention de démissionner, d'autres étant victimes de dépressions et prenant des calmants. D'ailleurs l'article L. 122-5 du C.T. précise : « Est passible d'une sanction disciplinaire tout salarié ayant procédé aux agissements définis à l'article L. 122-49 ».
Par contre la justice rejette la plupart du temps la faute grave, si l'employeur avait toléré ce harcèlement plusieurs années, il en était devenu complice en quelque sorte.
La Directive européenne 2000/78/C.E. du 27.11.2000 (J.O.C.E. L. 303) a traité de « l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ».
En son article 2 § 1 et 2, elle considère que le harcèlement est une forme de discrimination au sens du § 1 (discriminations indirectes), lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés en son article 1 se manifeste, motif qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement moral peut être définie conformément aux pratiques nationales des États membres.
Le harcèlement trouve parfois son origine dans une rétorsion. Or cette même Directive européenne en son article 11 précise que « Les États membres introduisent dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement. »
La loi de 2002 précitée incite l'employeur à prendre des mesures : « Il appartient au chef d'entreprise de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements visés à l'article L.122-49 ».
En pratique, le salarié qui pense subir ce type de harcèlement a intérêt à informer officiellement son employeur, lui-même en lettre R.A.R, ou via le C.H.S.C.T. ou via le Médecin du travail, ou via les Délégués du Personnel, ou encore via un Syndicat, avant de prendre acte d'une rupture de son

contrat pour faute de l'employeur. Et puis les juges rappellent que demander à un salarié de travailler tout simplement dans des conditions normales, ne peut être considéré comme du harcèlement, même si l'intéressé ne faisait plus grand chose depuis longtemps sans avoir été sanctionné auparavant… Les juges estiment qu'une situation stressante, (des impératifs de gestion ou la pression des actionnaires), pour l'intéressé ou pour tous ne constitue pas un harcèlement (T.G.I. Paris, 25.10. 2002, R.J.S. 1/03 n° 5).

Ceci est d'autant plus vrai, que si le salarié constatait la rupture de son contrat de travail pour harcèlement, il lui faudrait aussitôt saisir le Conseil des Prud'hommes compétent et prouver qu'il a bien été harcelé. Notre grande expérience en cette matière nous incite à conseiller à l'intéressé de consulter un vrai spécialiste pour examiner, à froid et sans passion, la probabilité que les juges admettront la faute de l'employeur et assimileront cette prise d'acte de la rupture du contrat de travail comme un licenciement abusif, et non comme une démission. De plus il lui faudra des preuves plus faciles à obtenir lorsqu'il est encore dans l'entreprise que quand il en sera sorti.

D'ailleurs, l'article L. 1154-1 précise : *« Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à 4, le candidat à un emploi ou à une période de formation en entreprise, ou le salarié, établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.*

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défendresse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Par exemple, ce salarié à qui il fut retiré sans raison son portable, qui tous les matins devait se présenter au bureau de sa hiérarchique sans raison, à qui on attribuait des tâches sans rapport avec sa qualification ce qui l'a fait sombrer dans un état dépressif prouvé par des arrêts de travail, a bien été victime d'un harcèlement moral (Cass. Soc. 27.10.2004 n° 04-41.008 P + B).

Le législateur, (article 1146-1 et 2 du C.T.), inflige une sanction pénale de 3 750 € pour les infractions à ces articles et les agissements de harcèlement moral peuvent être sanctionnés jusqu'à 15 000 € d'amende et un an d'emprisonnement (Article 222-32-2 du Code pénal).

Mais attention : si le salarié rompt unilatéralement son contrat pour harcèlement moral, et qu'il n'avait jamais auparavant saisi officiellement, comme le prévoit le Code du Travail :

– les Délégués du Personnel,

– le C.H.S.C.T.,
– l'Inspecteur du Travail,
– ou le Médecin du travail,
– et naturellement son employeur,
Il lui sera difficile de convaincre les juges !

Tout licenciement découlant d'une plainte du salarié en harcèlement moral est nul de plein droit en application de l'article L. 122-49 du C.T. (Cass. Soc. 23.11.2005, R.J.S. 2/06 n° 157).

F. LA DÉMISSION ABUSIVE DU SALARIÉ

Si le salarié a le droit de démissionner, il doit effectuer son préavis, sauf à risquer de se voir condamner par les Prud'hommes à le payer à son employeur et risquer d'éventuels dommages et intérêts supplémentaires.
« La rupture du contrat de travail à durée indéterminée, à l'initiative du salarié, ouvre droit, si elle est abusive, à dommages et intérêts pour l'employeur » (art. L. 1237-2 du C.T.). Tel est le cas de ce cadre n'effectuant pas son préavis et débauchant du personnel (Cass. Soc. 09.12.1965). Mais seuls les Tribunaux peuvent faire justice – les cas sont rares, l'employeur ne peut retenir le préavis non effectué sur le solde de compte.

G. LE PRÉAVIS DE DÉMISSION

Si le salarié a le droit de démissionner, il doit respecter un préavis, sauf dans quelques rares cas :
- les femmes enceintes ;
- le salarié en congé post-natal, mais il doit informer par lettre R.A.R. son employeur au moins 15 jours avant l'issue de son arrêt ou dans les 2 mois après l'arrivée de l'enfant au foyer en cas d'adoption ;
- les salariés prenant un congé pour création d'entreprise, s'ils informent l'employeur par lettre R.A.R. au moins 3 mois avant la fin du congé ;
- les journalistes invoquant la clause de conscience, en cas de changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal (art. L. 7112-5 du C.T.) ;
- en cas de force majeure (décès du salarié, incapacité physique à tenir son emploi, faute grave de l'employeur…).

Si un salarié démissionnait sans exécuter son préavis, il serait redevable à l'employeur d'une indemnité compensatrice qui a un caractère forfaitaire, correspondant aux salaires et avantages qu'il aurait perçus s'il avait travaillé pendant son préavis (Cass. Soc. 08.11.1995, R.J.S. 12/95 n° 1243). Elle est due, quel que soit le préjudice, ou l'absence de préjudice, subi par l'employeur (Cass. Soc. 14.01.1992), mais ne met pas obstacle à l'attribution de dommages et intérêts distincts qui répareraient le préjudice subi par l'entreprise.

En ce sens, ce très célèbre arrêt concernant ce mannequin vedette, démissionnant pendant la présentation de la collection sans effectuer son préavis alors que les modèles avaient été confectionnés sur ses mensurations (Cass. Soc. Christian Dior 19.06.1959 et Cass. Soc. 08.11.1959, R.J.S. 12/95 n° 1243).
Si le salarié n'exécutait pas son préavis, ou n'en exécutait qu'une partie sans accord de l'employeur, il s'exposerait donc à une demande en réparation du préjudice subi par l'employeur. Mais, depuis un arrêt de 2001, l'employeur est fondé, désormais, à retenir sur le solde de tout compte le salaire correspondant à la partie du préavis non respecté par le salarié.
Si le salarié démissionnaire commet une faute grave pendant son préavis, l'employeur peut immédiatement cesser la relation de travail et ne plus rémunérer le salarié, sans avoir à respecter la procédure de licenciement pour faute grave (Cass. Soc. 15.01.2002, R.J.S. 3/02 n° 282).

Le cas particulier des journalistes

Lorsque la démission d'un journaliste est motivée par le changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal, ou si ce changement est de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou à ses intérêts moraux, s'il le décide, le journaliste est alors dispensé de l'exécution de son préavis. Mais celui-ci ne sera alors pas rémunéré (Cass. Soc. 30.11.2004, R.J.S. 2/05 n° 234).
Cette disposition ne s'applique pas aux journalistes des agences de presse (Cass. Soc. 06.02.2001, R.J.S. 4/01 n° 539).

H. LA DURÉE DU PRÉAVIS

La loi est muette sur la durée du préavis en cas de démission sauf pour les journalistes et les V.R.P.
Il faut se reporter à la Convention collective qui a une prééminence absolue.

À défaut, aux usages qui sont généralement :
– de 15 jours pour les ouvriers peu qualifiés ;
– de 1 mois pour les ouvriers qualifiés, les employés, techniciens et agents de maîtrise,
– de 3 mois pour les cadres.

Un contrat de travail peut modifier la durée du préavis prévu par la Convention collective, mais uniquement en le raccourcissant, car une telle clause serait plus favorable au salarié.
Un accord après la démission, entre le démissionnaire et l'employeur, peut prolonger le préavis, mais il doit être dûment approuvé et signé des deux parties.

Un salarié peut-il imposer un préavis plus long ?

Rien ne l'interdit ; par exemple, un cadre devant 3 mois de préavis démissionne avec un préavis de 6 mois. L'employeur ne peut qu'en prendre acte ; s'il rompait le contrat plus tôt, il devrait rémunérer l'intégralité du préavis allongé non effectué.
Mais qu'en serait-il d'un salarié donnant un préavis de deux ans ? Il y a fort à parier que les Tribunaux ne le suivraient pas dans cet allongement trop long.

I. PRÉAVIS ET HEURES POUR RECHERCHE D'EMPLOI

Bien que la loi soit muette, les Conventions collectives consacrent un usage consistant à accorder au salarié des heures pour rechercher un nouvel emploi pendant les heures ouvrables.
Généralement elles sont de deux heures par jour, d'un jour par semaine ou de 50 heures par mois. Ce droit cesse dès que le salarié a trouvé un nouvel emploi, et l'employeur n'est pas tenu de payer les heures non prises (Cass. Soc. 23.06.1983).

Le préavis est préfixé à l'avance

Il a une durée préfixée à l'avance lors de la démission et n'est pas prolongé en cas de suspension du contrat pour maladie, accident, grève, maternité, congé parental, congé de formation…

Préavis et congés payés

Préavis et congés payés annuels ne se cumulent pas. Ainsi, un salarié

ne peut s'exonérer d'effectuer son préavis en donnant sa démission la veille de son départ en vacances.
Si le salarié donne sa démission avant son départ en congé dont les dates avaient été fixées, le préavis ne commencera qu'à son retour de congé.
Le salarié tombant malade pendant son préavis ne peut voir celui-ci reporté d'autant.
Évidemment, dans tous les cas, sauf si le salarié et l'employeur concluent un accord.

J. DÉMISSION ET CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

Un salarié sous contrat à durée déterminée ne peut démissionner, il risquerait de se voir condamner par les Prud'hommes à devoir régler à son ex-employeur les rémunérations du temps de travail restant à effectuer. Il a intérêt à transiger s'il veut être libéré plus tôt.

K. DÉMISSION ET ASSEDIC

La démission n'ouvre pas droit aux prestations de l'ASSEDIC, sauf si celle-ci a un motif reconnu légitime par la Commission paritaire de l'ASSEDIC.
Par exemple, le salarié démissionnaire pour suivre son conjoint muté, le mineur pour suivre ses parents changeant de résidence, ou le salarié pour suivre son conjoint retraité ou préretraité…

L. LA RUPTURE UNILATÉRALE DE SON CONTRAT PAR LE SALARIÉ POUR FAUTE DE L'EMPLOYEUR : LA PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE

Les obligations de l'employeur

« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun » (art. L. 1221-1 du C.T.).
Un contrat comportant des obligations réciproques, l'article 1184 du Code civil est applicable :
« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait point à son engagement.
Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix :

– ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible,
– ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

En cas de faute de l'employeur, lorsque le salarié ne souhaite plus la poursuite du contrat ou, lorsqu'en cas de harcèlement moral, il ne peut plus supporter la situation qui lui est faite, c'est sur le plan de la rupture unilatérale, accompagnée d'une action prud'homale avec demande de dommages et intérêts, qu'il va se placer.
En effet, l'inexécution par l'une des parties des obligations attachées au contrat de travail engage sa responsabilité.
Cet article reprend les dispositions de l'article 1780 du Code civil : « la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts… Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des paragraphes précédents, lorsqu'elles seront portées devant les tribunaux civils et devant les cours d'appel, seront instruites comme affaires sommaires et jugées d'urgence ».

Il pèse sur l'employeur une obligation de faire respecter l'interdiction de fumer. Depuis 2002, (l'amiante), cette obligation de préserver la santé de ses salariés non-fumeurs, est une obligation de résultat à l'encontre des fumeurs. Le salarié rompant son contrat pour ce motif est dans son droit, il s'agit d'une rupture équivalente à un licenciement (Cass. Soc. 29.06.2005 n° 03-44.412 P + B). Cette position a été confirmée par plusieurs Cour d'Appel dont celle de Versailles (13.09.2005 n° 02/2779).

Si l'usage par l'employeur de la faculté de rupture unilatérale du contrat du salarié est enserré dans une procédure (art. L. 1232-2 et suivants du C.T.), avec l'exigence d'une cause réelle et sérieuse (art. L. 1232-1), de la même manière, l'inexécution par l'employeur de ses obligations peut être invoquée par le salarié pour imputer à cet employeur la responsabilité d'une rupture dont le salarié a pris l'initiative apparente.

La procédure à suivre par le salarié :

– le salarié emporte chez lui toutes ses affaires personnelles et ne laisse plus rien traîner dans l'entreprise ;
– il choisit une date de fin de contrat ;
– il écrit à l'employeur une lettre très circonstanciée rappelant les raisons qui l'ont amenées à rompre unilatéralement son contrat de travail pour faute de l'employeur. Attention, seuls les motifs invoqués dans cette lettre seront examinés par les juges ;
– il saisit immédiatement le Conseil de Prud'hommes compétent pour rupture de son contrat au motif d'une faute de l'employeur, et n'omet pas de demander le jugement d'urgence en citant l'article 1780 du Code civil ;

– il fait connaître à l’employeur qu’il est prêt à transiger, soit directement, soit via son avocat ;
– dans les deux hypothèses, le contrôle judiciaire de la réalité de l’inexécution de ses obligations par l’une des parties est un contrôle *a posteriori* : contrôle de l’imputabilité d’une rupture dont une partie a pris acte et qui est contestée, contrôle de la légitimité d’une rupture dont une partie a assumé l’initiative. Bref, c’est le Conseil des Prud’ hommes qui est compétent pour décider qui est fautif :
  • l’employeur, auquel cas il y aura les effets d’un licenciement,
  • ou le salarié, et ce sera assimilé à une démission, voire à une rupture abusive du salarié.

Le salarié a intérêt à se faire conseiller par un avocat ou un juriste très spécialisé ! Dans ce cas, le salarié doit demander aux Prud’hommes, une demande additionnelle en résiliation, en plus des dommages et intérêts et le paiement de son indemnité de licenciement (Cass. Soc. 08.07.2003 n° 02-45.092, 19.01.2005 n° 02-41113 et n° 03-45.018, et 19.01.2005 cités ci-dessous).
La prise d’acte de la rupture notifiée par l’intermédiaire d’un avocat est valable (Cass. Soc. 04.04.2007 n° 05-42.847).

L’employeur a deux possibilités principales :
– ou il attend que la procédure prud’homale poursuive son cours ; il a le temps, car la justice est lente et les procédures d’appel sont longues, la rupture étant consommée dès la prise d’acte de celle-ci par le salarié. Mais il doit de suite établir un certificat de travail, une attestation ASSEDIC (mentionnant en case 60 comme motif de la cessation de contrat : *« prise d’acte de la rupture »*), et un reçu pour solde de tout compte. Car, en effet, la prise d’acte de la rupture entraînant cessation immédiate du Contrat de travail, l’employeur doit ces pièces sous peine d’être condamné à dommages et intérêts (Cass. Soc. 04.06.2008 n° 06-45.757 P + B).
– ou il tente une conciliation avec le salarié en vue de conclure une transaction élégante.

Jadis, l’employeur licenciait le salarié pour faute grave, (absence injustifiée), ceci est inutile dorénavant en vertu du principe : « rupture sur rupture ne vaut ». Ce sont les juges qui décideront du bien-fondé de la prise d’acte de la rupture par le salarié (Cass. Soc. 16.11.2005, R.J.S. 2/06 n° 174).

Les fautes contractuelles de l’employeur

L’employeur peut commettre une faute contractuelle qui est susceptible de rendre impossible la continuation du contrat de travail du salarié visé.

Ses trois obligations principales portent sur :
– l'obligation de payer les rémunérations dues dans les temps ;
– l'obligation de fournir le travail convenu, tant en quantité qu'en qualité ;
– l'obligation de bonne foi : « Les conventions doivent être exécutées de bonne foi » (art. 1134 du Code civil).

S'il ne respecte pas ses obligations, la rupture lui sera alors imputable et le tribunal saisi par le salarié mettra à sa charge les conséquences de la rupture (Cass. Soc. 14.03.1979, n° 77-41.635). Par exemple, un employeur n'avait pas repris le paiement du salaire dans le mois qui suivait la déclaration d'inaptitude physique d'un salarié dont il n'avait pas rompu le contrat de travail comme l'exige l'article L. 122-24-4 du C.T. (voir chap. XV). Il a été jugé que ce manquement constituait une rupture du contrat de travail qui devait s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 04.05.1999 n° 1904 P, R.J.S. 6/99 n° 816).

Si le salarié qui a agi pour faire sanctionner la rupture imputable à l'employeur gagne, celui-ci, dès lors que sa responsabilité sera reconnue, assumera la charge des indemnités de rupture, préavis et indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.
En outre, la rupture qui découle de la faute contractuelle de l'employeur sera nécessairement tenue pour illégitime : la rupture est sans cause sérieuse dans la mesure où elle résulte d'une faute commise par l'employeur.
En pratique le salarié va demander :
– la reconnaissance d'une rupture de son contrat pour fautes de l'employeur ;
– l'absence de cause réelle et sérieuse ;
– le paiement de son indemnité de licenciement ;
– le paiement d'un préavis qu'il n'a pas été en mesure d'exécuter (les Tribunaux ne l'accordent que rarement), et des 10 % de congés payés y afférant ;
– le paiement des rémunérations variables annuelles (13e mois, intéressement…) ;
– l'attribution de dommages et intérêts d'au moins six mois s'il a plus de deux ans d'ancienneté et travaillait dans une entreprise d'au moins 11 salariés.

Dès la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail, en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit ses effets :
– Si les juges estiment que les faits prouvés le justifiaient, la conséquence est un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 15.03.2006, R.J.S. 6/06 n° 698) ;

– Si les juges estiment le contraire, il s'agira d'une démission. (Cass. Soc. 19.01.2005 n° 03-45.018 et 02-41.113 P + B).

Notons, que à la différence avec une lettre de licenciement, les faits reprochés par le salarié à l'employeur ne fixent pas les limites du litige (Cass. Soc. 05.04.2006, R.J.S. 6/06 n° 697). Mais nous ne saurions que trop conseiller au salarié d'apporter les précisions utiles et de « tourner sept fois sa plume dans l'encrier avant d'écrire » !

La prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la rupture immédiate de son contrat de travail. L'employeur ne saurait, dès lors, refuser de lui remettre son certificat de travail et son attestation ASSEDIC (Cass. Soc. 04.06.2008, R.J.S. 9/08 n° 875).

Mais les juges estiment que la « prise d'acte de la rupture » est en fait une simple démission, ils peuvent, si l'employeur l'a demandé, condamner le salarié à rembourser à l'employeur le non-respect de son préavis, (Cass. Soc. 02.07.2008 n° 07-42.299).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

– La demande de requalification en licenciement d'une « fausse démission » (cf. § D).
– La contestation par le salarié d'une fausse « démission » dont l'employeur aurait pris acte.
– La demande de l'employeur en réparation à la suite d'une démission du salarié n'exécutant pas son préavis.
– La démission écrite donnée sous la pression.
– Et de plus en plus fréquemment la rupture unilatérale décidée par le salarié pour faute de l'employeur, le plus souvent pour avoir été victime d'un harcèlement moral.

QUESTIONS / RÉPONSES

Un salarié peut-il imposer un préavis de démission plus long que celui prévu par la Convention collective ?

Rien ne l'interdisait jusqu'en juillet 2008. Mais la Cour de cassation l'écarte désormais, (Cass. Soc. 01.07.2008 n° 07-40.109 P + B).

Dans cette exemple, un cadre devant 3 mois de préavis démissionne et donne

à son employeur un préavis de 9 mois. L'employeur lui écrit qu'il respectera la Convention collective et que son contrat de travail sera rompu au terme de trois mois.
En effet, l'article L. 12237-1 précise qu'en cas de démission, aucune des deux parties n'est fondée à imposer à l'autre un préavis plus long que celui prévu par la loi ou la Convention collective applicable.

La démission pour exercer une activité concurrente constitue-t-elle un abus du droit de démissionner ?

Non, les faits retenus à l'encontre d'un salarié, après la rupture de son contrat de travail, ne peuvent caractériser un abus de droit, et lors du préavis non effectué, les congés payés sont dus (Cass. Soc. 18.01.95, R.J.S. 3/95 n° 213).

Que peut faire l'employeur en cas de faute pendant le préavis ?

Même la faute grave ou lourde justifiant la rupture immédiate du contrat par l'employeur et le dispensant de payer le préavis restant à courir est sans effet sur l'indemnité compensatrice de préavis qui reste acquise (Cass. Soc. 09.05.2000 n° 97.45-294).

Quelle validité peut avoir un « golden parachute » dans le contrat d'un dirigeant ?

Depuis quelques années, certains dirigeants se font signer une clause de leur contrat prévoyant un préavis plus long que celui de la Convention, par exemple un an. Il appartient à l'employeur de le respecter en cas de licenciement, mais un tel engagement est-il applicable en droit vis-à-vis d'une démission du dirigeant ? Surtout lorsque l'usage est que le préavis ne soit pas effectué. Dès lors, son respect par l'employeur est plus favorable au salarié. C'est ainsi que la Cour de cassation a condamné l'employeur par arrêt du 11 avril 1996 à payer au salarié son préavis contractuel de douze mois.

Un salarié peut-il démissionner pour éviter un licenciement ?

Oui. Ainsi :

- pour éviter une faute grave ou lourde, l'employeur avait proposé la démission. À juste raison, a décidé la Cour de cassation le 27 juin 1984 et le 25 avril 1984 ;
- Pour éviter des sanctions pénales et professionnelles (Cass. Soc. 11.10.1984 – 20.03.1985…) ;
- pour éviter un licenciement (Cass. Soc. 17.05.1983) ;
- pour éviter une plainte (Cass. Soc. 14.01.1988).

Mais attention, il risque de perdre le bénéfice de l'assurance-chômage.

Il y a 5 cas de départs volontaires donnant lieu à versement immédiat par l'ASSEDIC :

– démission pour suivre son conjoint ou ses ascendants si le salarié a moins de 18 ans ;
– démission d'un contrat emploi-solidarité ou d'un contrat d'orientation ;
– démission en cours d'essai faisant suite à son licenciement ;
– démission pour non-paiement des salaires si et seulement si justification d'une ordonnance de référé mentionnant le règlement des arriérages de salaires ;
– démission d'un salarié victime d'un acte délictueux.

Un employeur peut-il dispenser un salarié démissionnaire d'effectuer son préavis ?

Oui, mais dans ce cas, il doit le lui payer.

Un salarié démissionnaire peut-il demander d'écourter son préavis ?

Il peut le demander. Si l'employeur l'accepte, son préavis ne sera payé que jusqu'à la date de cessation du contrat de travail. Si l'employeur le refuse, le salarié qui ne l'effectuerait pas s'exposerait à demande en réparation de préjudice par l'employeur auprès des Prud'hommes (Cass. Soc. 22.07.1982 ; 03.07.1986…).

Le salarié, en cas d'inexécution, doit à l'employeur une indemnité de préavis non exécuté.

L'employeur ne peut compenser celle-ci avec les salaires dus, il doit citer aux Prud'hommes.

Ainsi, il est fréquent que le salarié, surtout s'il est cadre, paie cette indemnité qu'il se fait souvent rembourser par le prochain employeur. Il est possible, et non rare, que le nouvel employeur trouve un arrangement financier avec l'ancien.

Le salarié ne revenant pas après ses congés et travaillant chez un autre employeur a-t-il démissionné ?

Bien qu'une démission ne se présume pas, quand après plusieurs mises en demeure de son employeur de justifier son abandon de poste, sans réponse de l'intéressé, et l'employeur apportant la preuve qu'il travaillait chez un concurrent, les juges ont estimé qu'il y avait là une volonté claire et non équivoque de démissionner (Cass. Soc. 04.01.2000 n° 34 D, R.J.S. 2/00 n° 167).

Un employeur peut-il prendre acte d'une démission ?

Non et non, la Cour de cassation par un arrêt du 30.05.2000 rappelle qu'il n'est pas possible d'imputer la responsabilité de la rupture à un salarié (Arrêt n° 98-40.265 P + B).

Quelle est la section prud'homale compétente lorsqu'un non-cadre attaque un cadre devant les Prud'hommes pour harcèlement ?

Il revient au Président de la juridiction prud'homale de trancher souverainement, après avis du vice-Président. Mais généralement, et par bons sens, si le demandeur est non-cadre, ce ne sera pas la section encadrement qui sera concernée, ce sera la section compétente : agriculture, ou industrie ou commerce ou sinon activités diverses.

Qui est responsable en cas de harcèlement moral ?

- Le salarié qui se rend coupable de harcèlement moral à l'égard de ses subordonnés par exemple, engage sa responsabilité personnelle (Cass. Soc. 21.06.2006, n° 05-43.914) ;
- Mais l'employeur aussi, compte tenu de son obligation de sécurité et de résultat en matière de harcèlement moral. Même en l'absence de faute de sa part, dans l'arrêt précité, la Cour de cassation a jugé qu'il était responsable puisqu'il n'avait pas pris les mesures pour faire cesser la harceleur.

En l'espèce dans cet arrêt, le Directeur salarié d'une association s'était livré à l'égard de ses salariés à des actes de harcèlement moral, établis d'ailleurs par un rapport de l'Inspection du Travail.

L'association l'a suspendu de ses fonctions d'encadrement. Et licencié deux mois plus tard.

Plusieurs salariés, victimes de ces agissements, ont engagé une action en réparation de leur préjudice, tant contre le Directeur harceleur que contre l'association employeur.

Le Directeur fut condamné par la Cour d'Appel à payer des dommages et intérêts aux victimes ayant intenté l'action, mais avait déchargé l'employeur de toute responsabilité estimant que celui-ci n'avait commis aucune faute.

Le Directeur avait contesté cette décision en cassation, invoquant le fait que c'est à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour prévenir les agissements de harcèlement.

La Cour de cassation a confirmé la condamnation du directeur harceleur, rappelant qu'il incombe au salarié de prendre soin de la santé des autres salariés concernés du fait de ses actes ou de ses omissions (Cass. Soc. 28.02.2002 n° 00-41.220).

L'obligation pesant sur l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour prévenir les agissements de harcèlement, n'exclut pas la responsabilité du salarié harceleur. La Cour admet donc la responsabilité person-

nelle du salarié préposé, (le harceleur), sans subordonner celle-ci à une condamnation pénale.

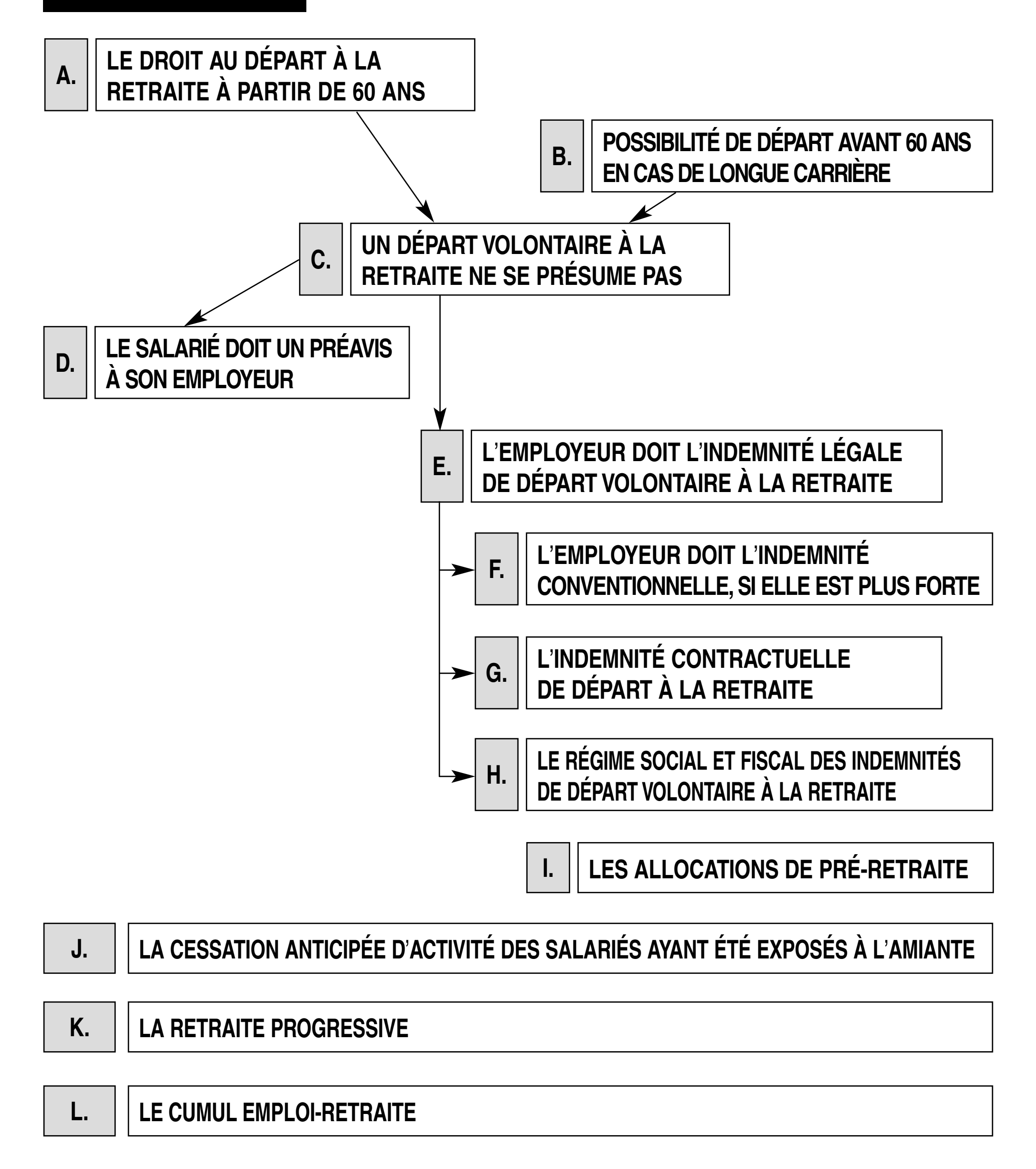
Par contre la Cour a condamné l'employeur qui a une obligation de résultat, l'absence de faute de l'employeur n'exonère pas celui-ci.

Dès lors, en matière de harcèlement, la seule politique à suivre est celle de la prévention.

III

LE DÉPART VOLONTAIRE À LA RETRAITE OU À LA RETRAITE PROGRESSIVE

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LE DROIT AU DÉPART À LA RETRAITE À PARTIR DE 60 ANS

Il n'y a pas en France d'âge légal de la retraite, (sauf fonction publique). Ni le Code du Travail ni le Code de la Sécurité sociale ne fixent un âge de la retraite au-delà duquel un salarié devra obligatoirement cesser son activité professionnelle.
Par contre une loi du 30.07.1987 a créé un mode spécifique de rupture lié au départ volontaire à la retraite du salarié.
Tout salarié relevant du Code du Travail peut quitter volontairement son travail pour bénéficier d'une pension de vieillesse à partir de 60 ans dans le régime général, sauf disposition conventionnelle plus favorable au salarié. Peu importe s'il ne bénéficie pas d'une pension de vieillesse à taux plein (n'ayant pas le nombre, de trimestres requis par exemple). Si le régime de Sécurité sociale du salarié fixe un âge inférieur à 60 ans, le salarié pourra demander à partir à la retraite à partir de cet âge (Circ. D.R.T. n° 10 du 08.09.1987).

B. POSSIBILITÉ DE DÉPART AVANT 60 ANS EN CAS DE LONGUE CARRIÈRE

La loi Fillon du 21.08.2003 portant sur la réforme des retraites a accordé un bel avantage aux salariés ayant commencé à travailler à 14,15 ou 16 ans. Ils peuvent désormais partir volontairement à la retraite avant 60 ans, sous certaines conditions.
Peuvent bénéficier de cette mesure tous les salariés du régime général (S.S.), du régime agricole (M.S.A.), les professions indépendantes (professions libérales, avocats, artisans, commerçants et industriels, exploitants agricoles.

Ils doivent avoir réuni 3 conditions cumulatives :

– **une durée d'assurance-vieillesse validée,** (tous régimes de base confondus), au moins égale à 168 trimestres (42 ans de cotisations). Sont assimilées les périodes de maladie, de maternité, d'accidents du travail, de chômage indemnisé ou d'invalidité assimilées à des périodes d'assurance-chômage, d'obligations nationales (service militaire par exemple) ou équivalentes, les majorations de durée d'assurance pour enfant ou congé parental, etc.
– **une durée d'assurance cotisée minimale :**
  - 168 trimestres pour un départ à 56 ou 57 ans ;
  - 164 trimestres pour un départ à 58 ans ;
  - 160 trimestres pour un départ à 59 ans.

Cette durée minimale s'entend de période ayant réellement donné lieu à cotisations vieillesse. Seules 3 périodes non travaillées sont prises en compte :

- le service national (90 jours = 1 trimestre, avec un maximum de 2 ans) ;
- les périodes d'indemnisation maladie ou accident du travail (60 jours d'indemnités journalières = 1 trimestre) ;
- les périodes d'arrêt maternité (le trimestre civil au cours duquel a eu lieu l'accouchement).

– **une condition de début d'activité**, les intéressés doivent avoir validé au moins 5 trimestres avant la fin de l'année civile pendant laquelle ils ont eu 16 ans pour un départ à 56, 57 ou 58 ans. Pour les assurés nés pendant le 4e trimestre, quatre trimestres validés dans l'année civile de leurs 17 ans suffisent.

Nous conseillons aux lecteurs intéressés :

– dès leur 55e anniversaire de demander à la Sécurité sociale (ou la MSA), leur relevé de carrière. Ils peuvent également l'obtenir par Internet sur le site Sécurité sociale : « Votre relevé de carrière ». C'est la solution la plus rapide.
– d'appeler le numéro national spécialisé de la Sécurité sociale : 0 825 809 789 pour obtenir plus de renseignements sur ces départs à la retraite avant 60 ans.

C. UN DÉPART VOLONTAIRE À LA RETRAITE NE SE PRÉSUME PAS

Le départ volontaire en retraite du salarié, comme la démission, doit faire l'objet d'une manifestation de volonté sérieuse, claire et non équivoque, donc écrite. Rares sont les cas dans la jurisprudence, toutefois ce principe a été rappelé dans un arrêt de la Cour d'Appel de Versailles (18.11.1994, R.J.S. 1/95 n° 17).
Le salarié doit apporter la preuve qu'il a demandé à la Sécurité sociale la liquidation de sa retraite (art. L. 1237-9).

D. LE SALARIÉ DOIT UN PRÉAVIS À SON EMPLOYEUR

Le salarié qui prend l'initiative de mettre fin à son contrat de travail, pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse, doit respecter le préavis qui s'appliquerait en cas de licenciement : préavis conventionnel ou préavis légal.

En effet, l'article L.1237-10 du Code du Travail aligne la durée de ce préavis sur celui prévu par l'article L.1234-1 du même code en cas de licenciement ou de mise à la retraite.

Sauf disposition conventionnelle plus favorable pour le salarié :

– ancienneté 6 mois à 2 ans : préavis d'un mois ;
– ancienneté d'au moins 2 ans : préavis de deux mois ;

Dans le cas où deux délais sont différents entre la loi et la convention, il faut retenir le délai le plus court pour le salarié concernant le départ à la retraite à son initiative.
Mais comme ceci est fréquent, salarié et employeur peuvent convenir d'un préavis plus long.



E. L'EMPLOYEUR DOIT L'INDEMNITÉ LÉGALE DE DÉPART VOLONTAIRE À LA RETRAITE

Art. 1237-9 du C.T. : « Tout salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse a droit à une indemnité de départ à la retraite. »

Le salarié a droit à une indemnité de départ volontaire à la retraite qui, en l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle instituant une indemnité de départ volontaire à la retraite plus favorable, est l'indemnité de départ à la retraite « légalisée » (Lois 1977 et 1978).
Selon l'article D. 1237-1 du Code du Travail, seul le salarié quittant l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension vieillesse a droit à l'indemnité de départ à la retraite (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables).

Ancienneté du salarié	Montant de l'indemnité
Moins de 10 ans	Nulle
10 à 15 ans	1/2 mois de retraite
15 à 20 ans	1 mois de salaire
20 à 30 ans	1,5 mois de salaire
30 ans et plus	2 mois de salaire

Ce droit à une indemnité de départ volontaire à la retraite n'est pas subordonné à la possibilité de bénéficier d'une pension à taux plein.

Le salaire à prendre en considération est le même que celui servant de base à l'indemnité de licenciement.

Dans le cas de salariés partant à la retraite après avoir travaillé une partie à temps plein et une partie à temps partiel dans l'entreprise, l'indemnité est calculée par tranches d'ancienneté, conformément au principe d'égalité entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel édicté par les articles L. 3123-1 et suivants du Code du Travail (Cass. soc. 16.12.1998, n° 95-41.413 ou 17.09.2008, R.J.S. 12/08 n° 1187).

F. L'EMPLOYEUR DOIT L'INDEMNITÉ CONVENTIONNELLE DE DÉPART À LA RETRAITE SI ELLE EST PLUS FORTE

Elle est à retenir si son montant est supérieur à l'indemnité légale de départ à la retraite.

G. L'INDEMNITÉ CONTRACTUELLE DE DÉPART À LA RETRAITE

C'est le cas très rare où une clause du contrat de travail prévoit le paiement d'une telle indemnité. Elle ne serait applicable que si elle était supérieure à l'indemnité légale de départ à la retraite ou à l'indemnité conventionnelle de départ à la retraite.

H. LE RÉGIME FISCAL ET SOCIAL DE CES INDEMNITÉS

Cette indemnité de départ volontaire à la retraite est soumise en totalité aux charges sociales pour l'employeur et le salarié, et à l'impôt sur le revenu pour le salarié, sauf quand elle est prévue dans le cadre d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi (P.S.E.).

À cet égard, rappelons que le bénéficiaire peut demander à son percepteur une imposition étalée de la partie imposable sur l'année de perception et les trois années suivantes (Article 163 du Code Général des Impôts).

Lorsque les cotisations sociales sont dues, outre les cotisations à la Sécurité sociale (ou à la M.S.A. dans le secteur agricole), sont également dues les autres cotisations sociales habituelles, pour l'ASSEDIC, la prévoyance, les caisses de retraite complémentaires…

Enfin ces indemnités sont soumises à la C.S.G et à la C.R.D.S sur leur intégralité.

I. LES ALLOCATIONS DE PRÉ-RETRAITE

Pour faciliter une cessation d'activité anticipée, les entreprises sont parfois incitées à maintenir au salarié, tout ou partie de sa rémunération, jusqu'à l'âge normal de la retraite, sans contrepartie de travail, le salaire étant perçu mensuellement.

– **S'il y a maintien du contrat de travail sans plan social**, il s'agit d'un salaire d'inactivité. Selon l'Administration, ce salaire est assujetti aux cotisations sociales et à l'I.R.P.P. car il conserve la nature d'une rémunération.
– **S'il y a maintien du contrat de travail dans le cadre d'un plan social.** La Cour de cassation a jugé que ces indemnités sont « préjudicielles », et sont donc exclues des cotisations sociales. Elles ont pour objet de réparer le « préjudice » matériel et surtout moral subi par les salariés du fait de la cessation prématurée de leur activité.
– **S'il y a rupture du contrat de travail.** C'est le cas le plus fréquent. Dans ce cas sont exonérées les indemnités versées pour la partie ne dépassant pas 3 050 euros, les indemnités versées dans le cadre des conventions spéciales du F.N.E. – préretraite totale, ou de préretraite-licenciement conclue avec le FNE (Fonds National pour l'Emploi), ou salariés âgés ayant été en contact avec l'amiante.

J LA CESSATION ANTICIPÉE D'ACTIVITÉ DES SALARIÉS AYANT ÉTÉ EXPOSÉS À L'AMIANTE

Les salariés et anciens salariés des établissements de fabrication ou de traitement de matériaux contenant de l'amiante ainsi qu'à ceux des établissements de flocage ou de calorifugeage à l'amiante ou de reconstruction et de réparation navales, sous réserve qu'ils décident de cesser toute activité professionnelle, perçoivent une allocation de cessation anticipée d'activité, dès lors qu'ils remplissent les conditions suivantes :

– travailler ou avoir travaillé dans un des établissements mentionnés ci-dessus et figurant sur une liste établie par plusieurs arrêtés pendant la période où y étaient fabriqués ou traités des matériaux contenant de l'amiante ;
– avoir atteint un âge déterminé qui pourra varier en fonction de la durée du travail effectué dans les établissements susvisés sans pouvoir être inférieur à 50 ans. Pour déterminer cet âge, on soustrait de l'âge légal de départ à la retraite (60 ans) :

- 1/3 de la durée du travail effectué dans les établissements dont la liste est déterminée par arrêté,
- 1/3 de la durée de l'exercice d'un métier de la construction et de la réparation navale dans les établissements dont la liste est déterminée par cet arrêté,
- 1/3 de la durée du travail effectué par les dockers dans les ports concernés pour les périodes de manipulation de l'amiante.

La durée du travail effectué est arrondie au nombre de jours le plus proche.
La loi ne fixe pas d'âge maximum.
Doivent également avoir droit, dès l'âge de 50 ans, à l'allocation de cessation anticipée d'activité, les salariés ou anciens salariés reconnus atteints au titre du régime général, d'une maladie professionnelle provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par décret.

Comme toutes les indemnités de cessation anticipée d'activité versées en application :

- d'une Convention collective de branche ;
- d'un accord professionnel ou interprofessionnel ;
- d'un accord d'entreprise ;
- ou d'une disposition unilatérale de l'employeur ;

l'indemnité « amiante » est exclue de l'assiette des cotisations sociales dans les mêmes conditions que l'indemnité légale.
Les personnes percevant ces allocations, et leurs ayants-droits, doivent bénéficier des prestations en nature des assurances maladie et maternité du régime général de la Sécurité sociale (ou de la M.S.A.).

K. LA RETRAITE PROGRESSIVE

La retraite progressive permet au salarié âgé d'au moins 60 ans, de poursuivre une activité professionnelle à temps partiel auprès de son employeur, tout en faisant liquider une partie de sa pension de retraite.
Par décrets du 07.06.2006, les dispositions de la loi Fillon du 21.08.2003 sur les retraites ont été mises en place concernant la retraite progressive.

Bénéficiaires
Assurés d'au moins 60 ans, auxquels il manque entre 1 et 10 trimestres d'assurance ou de périodes équivalentes pour prétendre à une pension vieillesse à taux plein.

Pièces justificatives

L'assuré relevant du régime général de la Sécurité sociale, qui demande la liquidation d'une retraite progressive, doit produire à l'appui de sa demande :

- le contrat de travail à temps partiel en cours d'exécution à la date d'entrée en jouissance de la pension de vieillesse ;
- une attestation de son employeur faisant apparaître la durée du travail à temps complet applicable dans l'entreprise ;
- une attestation sur l'honneur attestant qu'il n'exerce plus aucune activité professionnelle en dehors de son temps partiel.

Se reporter aux décrets n° 2006-668 et 2006-67017-06-2006. (Site LEGIFRANCE).
En effet, il y a dans certains cas d'autres pièces à fournir, en particulier pour les salariés qui relèvent d'autres activités non-salariées ou du régime des professions industrielles, artisanales et commerciales.
Naturellement, lorsque le salarié en retraite progressive décide de cesser totalement son activité, la fraction de pension, accordée pendant son temps partiel est remplacé par une pension complète.

I. LE CUMUL EMPLOI-RETRAITE

Autant Martine Aubry, avec ses lois sur les 35 heures, qui ambitionnaient de partager le travail avait fort limité le cumul entre une retraite et un emploi, autant le Gouvernement mis en place par Nicolas Sarkozy a cassé ces restrictions.

Par exemple, la loi de décembre 2008 sur le financement de la Sécurité sociale a facilité l'exercice d'une activité professionnelle rémunérée pour les personnes ayant liquidé leur retraite au plus tôt à 65 ans, (voire avant si elles justifient de la durée d'assurance requise pour obtenir le taux plein).
Dorénavant depuis 2009, les assurés peuvent cumuler un revenu d'activité avec une pension de retraité, à condition qu'ils aient bien liquidé leur retraite auprès de tous les régimes (S.S., ARRCO, AGIRC).
Ces personnes peuvent même dorénavant liquider leur retraite chez leur employeur et reprendre avec lui un nouvel emploi sans restriction, même pas les fameux 6 mois délai de latence (C.S.S. art. L. 352-1 abrogé).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Il y a rareté des procès sur ce sujet, les employeurs en accord avec les salariés préférant « habiller » un départ volontaire à la retraite de la part du salarié en « mise à la retraite accompagnée d'une transaction ».

QUESTIONS / RÉPONSES

Un salarié reprenant un nouvel emploi peut-il bénéficier de l'indemnité de départ à la retraite ?

Selon la loi, non (sauf disposition conventionnelle différente).
Par exemple : un salarié ayant demandé à partir à la retraite et qui était entré chez un concurrent a dû rembourser à son employeur l'indemnité de départ à la retraite indûment perçue (C. app. de Nancy 17.01.1989).

Y a-t-il une forme prévue pour le départ à la retraite ?

Non, celui-ci ne se présume pas et doit faire l'objet d'une volonté non équivoque de la part du salarié. Le salarié aura donc intérêt à confirmer par écrit et l'employeur à accuser réception, afin d'éviter toute équivoque.

Pour percevoir l'indemnité de départ à la retraite, le salarié doit-il apporter la preuve de la liquidation de sa pension ?

L'employeur est en droit de subordonner le paiement de l'indemnité de départ à la retraite à la justification par le salarié de la liquidation effective d'une pension de retraite (sauf si la Convention collective exclut cette justification). Tel est le cas, en pratique, d'un salarié dont l'employeur suppose qu'il va reprendre un emploi, chez un concurrent par exemple.

À défaut de clause conventionnelle ou contractuelle plus avantageuse pour le salarié, c'est le plus favorable pour lui des deux calculs ci-après qu'il faut prendre :

– soit le 1/12 de la rémunération annuelle brute des douze derniers mois précédant le départ à la retraite ;
– le tiers du salaire brut des trois derniers mois, les primes et gratifications de caractères annuel ou exceptionnel, qui auraient été versées pendant cette période, n'étant prises en compte que *prorata temporis*.

En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, cette indemnité serait-elle payée ?

Oui, en cas de défaillance de l'employeur, l'assurance des créances des salaires (A.G.S.) assurerait le paiement de cette indemnité.

Un salarié protégé doit-il demander l'autorisation de l'Inspecteur du Travail avant de décider d'un départ volontaire à la retraite ?

Non, c'est une décision volontaire de sa part.

Dans quelles conditions peut-on cumuler une retraite et un emploi ?

La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009 a considérablement assoupli les conditions dans lesquelles un assuré du régime général peut cumuler les revenus d'une activité avec une pension de retraite.
Modifiant l'article L. 161-2 du Code de la S.S., elle a supprimé la condition selon laquelle la rupture du lien professionnelle entre un employeur et son salarié devait être définitive pour le service d'une pension de vieillesse et a permis, par dérogation aux règles en vigueur, de cumuler sans aucune restriction une pension de vieillesse de la Sécurité sociale et une activité professionnelle.

Mais des conditions sont requises pour le pensionné :

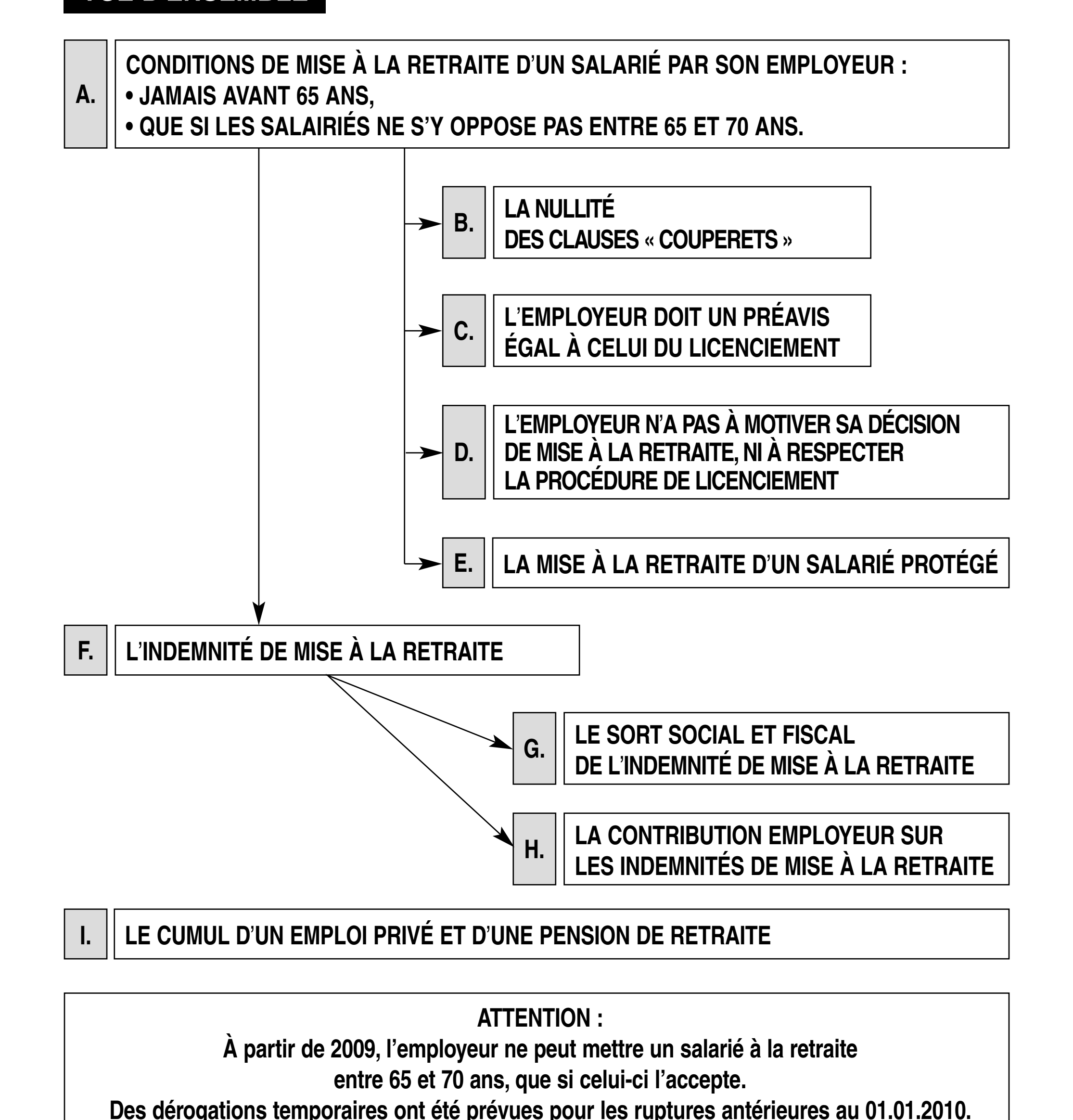
- avoir liquidé ses pensions personnelles de vieillesse auprès de la totalité des régimes de retraite de base (S.S., M.S.A., etc.) et des régimes de retraites complémentaires légalement obligatoires (ARRCO, AGIRC, etc.), dont il a relevé durant sa carrière ;
- avoir liquidé ses pensions de retraite à taux plein.

Ceci veut dire que si ces deux conditions ne sont pas remplies, les règles de cumul d'un emploi et d'une retraite en vigueur en 2008 pour chaque régime, restent maintenues.

IV

LA MISE À LA RETRAITE PAR L'EMPLOYEUR

VUE D'ENSEMBLE



ATTENTION :
À partir de 2009, l'employeur ne peut mettre un salarié à la retraite entre 65 et 70 ans, que si celui-ci l'accepte.
Des dérogations temporaires ont été prévues pour les ruptures antérieures au 01.01.2010.

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. CONDITIONS DE MISE À LA RETRAITE D'UN SALARIÉ PAR SON EMPLOYEUR

À partir de 2009, un employeur ne peut « mettre » un salarié à la retraite après 65 ans, que si celui-ci ne s'y oppose pas (Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009, validée par le Conseil constitutionnel du 11.12.2008).

Art. L. 1237-5 du Code de la Sécurité sociale : « La mise à la retraite s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint l'âge mentionné au 1° de l'article L. 351-8 du Code de la Sécurité sociale sous réserve des 7e à 9e alinéas :
un âge inférieur peut être fixé, dans la limite de celui prévu au premier alinéa de L. 351-1 du Code de la Sécurité sociale, dès lors que le salarié peut bénéficier d'une pension vieillesse à taux plein au sens du Code de la Sécurité sociale :

- dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif étendu conclu avant le 1er janvier 2008 fixant des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle ;
- pour les bénéficiaires d'une préretraite ayant pris effet avant le 1er janvier 2010 et mise en œuvre dans le cadre d'un accord professionnel mentionné à l'article L. 5123-6 ;
- dans le cadre d'une convention de préretraite progressive conclue antérieurement au 1er janvier 2005 ;
- dans le cadre du bénéfice de tout autre avantage de préretraite défini antérieurement à la date de publication de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites et ayant pris effet avant le 1er janvier 2010.

Avant la date à laquelle le salarié atteint l'âge fixé au 1° de l'article L. 351-8 du Code de la Sécurité sociale et dans un délai fixé par décret, l'employeur interroge par écrit le salarié sur son intention de quitter volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse.

En cas de réponse négative du salarié dans un délai fixé par décret ou à défaut d'avoir respecté l'obligation mentionnée à l'alinéa précédent, l'employeur ne peut faire usage de la possibilité mentionnée au premier alinéa pendant l'année qui suit la date à laquelle le salarié atteint l'âge fixé au 1° de l'article L. 351-8 du Code de la Sécurité sociale.

La même procédure est applicable les quatre années suivantes. »

Art. L. 351-8 du Code de la Sécurité sociale : « Bénéficient du taux plein même s'ils ne justifient pas de la durée requise d'assurance ou de périodes équivalentes dans le régime général et un ou plusieurs autres régimes obligatoires :

1) les assurés qui atteignent un âge déterminé ;
2) les assurés reconnus inaptes au travail dans les conditions prévues à l'article L. 351-7 ;
3) les anciens déportés ou internés titulaires de la carte de déporté ou interné de la Résistance ou de la carte de déporté ou interné politique ;
4) les mères de famille salariées justifiant d'une durée minimum d'assurance dans le régime général, ou dans ce régime et celui des salariés agricoles qui ont élevé au moins un nombre minimum d'enfants, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 342-4, et qui ont exercé un travail manuel ouvrier pendant une durée déterminée ;

4 bis) les travailleurs handicapés admis à demander la liquidation de leur pension de retraite avant l'âge prévu au premier alinéa de l'article L. 351-1 ;

5) les anciens prisonniers de guerre lorsque, sur leur demande, leur pension est liquidée à un âge variant suivant la durée de captivité dans des conditions fixées par décret.

Les anciens prisonniers de guerre évadés de guerre, au-delà d'un certain temps de captivité, et les anciens prisonniers rapatriés pour maladie peuvent choisir le régime le plus favorable.
Toute partie de mois n'est pas prise en considération.
Les dispositions du 5) ci-dessus s'appliquent à tous les anciens combattants pour leur durée de service actif passé sous les drapeaux. »

L'article L. 5122-4 précise : « Le régime social et fiscal applicable aux contributions mentionnées à l'article L. 5422-10 est applicable aux allocations et contributions de chômage partiel, lorsque cette indemnisation résulte d'accords professionnels ou interprofessionnels nationaux ou régionaux ».

En fait, la loi Fillon sur les retraites du 21.08.2003 a interdit la mise à la retraite d'un salarié qui serait décidée par son employeur avant son 65e anniversaire, âge à partir duquel il peut bénéficier d'une retraite à taux plein, (c'est-à-dire sans abattement), quelle que soit sa durée de cotisation, sauf les rares exceptions précitées.

Les accords conclus et étendus entre août 2003 et le 21.12.2006, date de publication de la loi, cesseront de produire leurs effets au plus tard au 31.12.2009.
La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009 a porté à 70 ans l'âge de mise à la retraite, mais entre 65 et 70 ans, il faut dorénavant que le salarié soit d'accord. Cette disposition applicable dès 2009 a été validée par le Conseil Constitutionnel le 11.12.2008.

Donc, en pratique l'employeur doit dorénavant interroger le salarié par écrit, au moins 3 mois avant ses 65 ans, sur son intention de quitter volontairement l'entreprise avant sa date anniversaire, dans un délai qui sera fixé par décret début 2009.
Si le salarié ayant entre 65 et 70 ans, exprime sa volonté de départ, l'employeur pourra alors procéder à sa mise à la retraite en respectant la procédure.
Si le salarié n'a pas répondu dans le mois, ceci vaut acceptation de la mise à la retraite. Sinon l'employeur conserve son salarié jusqu'à son acceptation de départ jusqu'à son 70e anniversaire. Sans cet accord, il ne reste à l'employeur que le licenciement (généralement avec transaction).

Un salarié peut obtenir réparation devant les Prud'hommes, si sa « mise à la retraite » est prononcée par son employeur :
– dans des circonstances brutales et vexatoires qui justifieraient l'octroi de dommages et intérêts (C. Appel Paris 00-4284, R.J.S. 9/03 n° 1005) ;
– ou avant 65 ans, ce qui équivaudrait à un licenciement nul (Cass. Soc. 21.11.2006 n° 05-12.816 P + B), le motif étant un licenciement discriminatoire sur l'âge (art. 1132-1) ;
– ou avant 70 ans si le salarié ne l'a pas accepté.

Lorsque les conditions légales de mise à la retraite ou la condition d'âge prévue par la convention ou le contrat ne sont pas remplies, la rupture s'analyse comme un licenciement. L'employeur doit verser l'indemnité légale de licenciement ou, le cas échéant, l'indemnité conventionnelle ou contractuelle de licenciement, si celle-ci est plus favorable.
Toutefois, attention, une mise à la retraite par l'employeur serait nulle si elle intervenait pendant le temps de la suspension du contrat de travail d'un salarié à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (Cass. Soc. 07.03.2007 n° 05-42.279 P + B).

B. LA NULLITÉ DES CLAUSES « COUPERETS »

Aux termes de l'article L. 1237-4 du Code du Travail : « Les stipulations relatives au départ à la retraite des salariés prévues par une convention collective, un accord collectif de travail ou un contrat de travail sont applicables sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions légales.

Sont nulles toutes stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail et d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou du fait qu'il serait en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse. »

Cette disposition est d'ordre public absolu (Cass. Soc. 01.02.1995 n° 90-42.635), et aucun accord ne peut y déroger.

Par contre, elle ne s'applique pas au secteur public, aux entreprises publiques et à certains établissements public, tels la SNCF ou EDF/GDF (Cass. Soc. 21.06.1995, R.J.S. 11/95 n° 1125, 28.03.1995. R.J.S. 5/95 n° 507 et Conseil d'État 07.07.1995, R.J.S. 11/95 n° 1188).

C'est ce type de clause, déclarée nulle par le Code du Travail que l'on appelle clause « couperet ».

Il ne faudrait pas conclure hâtivement que toutes les clauses conventionnelles relatives au départ à la retraite seraient nulles, par exemple, un plan de sauvegarde de l'emploi, légalement formé, peut, sous certaines conditions, prévoir des départs avant 65 ans.

L'interdiction ne vise que les clauses prévoyant une rupture automatique du contrat, sans que l'employeur ou le salarié ait à accomplir la moindre formalité.

Restent valables les clauses dites « souples » qui permettent à un employeur ou à un salarié de rompre le contrat de travail lorsque le salarié atteint l'âge lui permettant de bénéficier d'une retraite.

En outre, seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de ces clauses (Cass. ass. plén., 06.11.1998, n° 97-41.931).

La rupture du contrat de travail dans ces conditions ne constitue ni une démission ni un licenciement mais un troisième mode autonome de rupture.

C. L'EMPLOYEUR DOIT UN PRÉAVIS

Sauf disposition conventionnelle ou contractuelle plus favorable, l'employeur doit un préavis dont la durée est égale à celle du licenciement.

Naturellement, il convient de respecter le préavis le plus long entre le préavis légal et le préavis conventionnel ou contractuel.

Les conditions légales de mise à la retraite doivent s'apprécier à la date d'expiration du contrat de travail, c'est-à-dire à la date d'expiration du préavis, qu'il soit ou non exécuté, et non à la date du prononcé de la rupture du contrat (Cass. Soc. 31.01.1996, n° 91-44.143).

D. L'EMPLOYEUR N'A PAS À MOTIVER SA DÉCISION DE MISE À LA RETRAITE, NI À RESPECTER LA PROCÉDURE DE LICENCIEMENT

Comme la « mise à la retraite » ne constitue pas un licenciement, juridiquement l'employeur n'est pas tenu à observer la procédure de licenciement avec entretien préalable et justification du motif (Cass. Soc. 10.03. 1999, R.J.S. 11/00 n° 1095).

S'il le faisait, il risquerait de voir la rupture du contrat requalifiée en licenciement (Cass. Soc. 09.03.1999, R.J.S. 4/99 n° 504).

Mais humainement, nous ne pouvons que conseiller de convier le salarié concerné à un entretien informel, autour d'un déjeuner où le bon vieux temps est évoqué. Cet entretien devrait être chaleureux, et permet de fixer d'un commun accord les modalités du futur départ.

E. LA MISE À LA RETRAITE D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ

La jurisprudence imposait, avant la loi Fillon de 2003, de respecter la procédure spéciale de licenciement des salariés protégés avec demande d'autorisation administrative, même dans l'hypothèse où les conditions posées par l'article L. 1237-5 du Code du Travail permettant la mise à la retraite d'un salarié à l'initiative de l'employeur étaient remplies.

Dans ce cas, l'Inspecteur du Travail doit, après avoir vérifié que les conditions légales permettant la mise à la retraite sont remplies, examiner aussi l'existence éventuelle d'un lien avec le ou les mandats détenus par le salarié concerné. Il peut s'opposer, en outre à l'autorisation sollicitée en invoquant un motif d'intérêt général.

La mise à la retraite d'un salarié protégé sans l'autorisation de l'Inspecteur du Travail s'analyse comme un licenciement nul (Cass. Soc. 27.10.2004 n° 1990 P + B). La réparation du préjudice subi, si le salarié ne demande pas sa réintégration, est égale à l'indemnité de licenciement et la réparation intégrale, c'est-à-dire au mois 6 mois de salaires, et égale à la durée de sa protection.

F. L'INDEMNITÉ DE MISE À LA RETRAITE

L'article L. 1237-7 du Code du Travail précise : *« La mise à la retraite d'un salarié lui ouvre droit à une indemnité de mise à la retraite au moins égale à l'indemnité » de licenciement prévu à l'article L. 1234-9 ».*

– Il s'agit de l'indemnité légale de licenciement.

Lorsque les conditions légales de mise à la retraite ou la condition d'âge prévue par la convention ou le contrat ne sont pas remplies, la rupture s'analyse comme un licenciement. L'employeur doit verser l'indemnité légale de licenciement ou, le cas échéant, l'indemnité conventionnelle de licenciement.

De même, l'indemnité conventionnelle de licenciement est due en principe lorsque la mise à la retraite est prononcée pour une raison économique.

Concernant plus particulièrement la mise à la retraite des VRP, la Cour de cassation a décidé que, celle-ci constituant un mode de résiliation du contrat de travail par le fait de l'employeur, les VRP peuvent prétendre à l'indemnité de clientèle ; mais celle-ci ne se cumule pas avec l'indemnité de départ à la retraite, seule la plus élevée étant due (Cass. soc., 21.06.1995, n° 91-43.639).

L'assurance-vieillesse du régime général subordonne le droit à la pension à taux plein (50 % du salaire de référence) à une durée minimale d'assurance :

– 160 trimestres depuis 2004 ;
– 161 trimestres pour les salariés nés en 1949 ;
– 162 trimestres pour les salariés nés en 1950 ;
– 163 trimestres pour les salariés nés en 1951 ;
– 164 trimestres pour les salariés nés en 1952.

Ces dispositions du Code du Travail ne s'appliquent pas aux salariés exclusivement régis par les dispositions de leur régime spécial de retraite,

prévu par une loi, par exemple, les salariés de l'Opéra et de l'Opéra Comique qui ont droit à la retraite à l'âge de 50 ans, les salariés relevant d'un régime spécial de Sécurité sociale, la référence à la notion de taux plein s'apprécie par référence à la durée maximale d'assurance susceptible d'être prise en compte, de même, l'âge d'ouverture du droit à pension est fixé par les dispositions instituant ces régimes.

G. LE SORT SOCIAL ET FISCAL DE L'INDEMNITÉ DE MISE À LA RETRAITE

L'indemnité de « mise à la retraite » est intégralement exonérée de cotisations et indemnités exonérées dans la limite d'un plafond.

Le Code Général des Impôts, en son article 80 duodecies, précise :

« I. Sous réserve de l'exonération prévue au 22° de l'article 81, constitue une rémunération imposable toute indemnité versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail, à l'exception des indemnités de licenciement ou de départ volontaire versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (P.S.E.), au sens des articles L. 1233-61 et suivants du Code du Travail, des indemnités mentionnées au même code ainsi que de la fraction des indemnités de licenciement ou de mise à la retraite qui n'excède pas le montant prévu par la convention Collective de branche, par l'accord professionnel et interprofessionnel ou, à défaut, par la loi.

La fraction des indemnités de licenciement ou de mise à la retraite exonérée en application du premier alinéa ne peut être inférieure :

- *Ni à 50 % de leur montant ;*
- *Ni à deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail ;*

dans la limite de 5 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale en vigueur au moment du versement de l'indemnité. »

H. LA CONTRIBUTION EMPLOYEUR SUR LES INDEMNITÉS DE MISE À LA RETRAITE

Elle a été instituée par la loi n° 2007-1786 du 19.12.2007, et introduit en article L. 137-12 dans le Code de la Sécurité sociale.

« Il est institué, à la charge de l'employeur et au profit de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, une contribution sur

les indemnités versées en cas de mise à la retraite d'un salarié à l'initiative de l'employeur. Le taux de cette contribution est fixé à 50 % ; toutefois, ce taux est limité à 25 % sur les indemnités versées du 11 octobre 2007 au 31 décembre 2008. »

Les articles L. 137-3 et L. 137-4 sont applicables à la présente contribution ».

Art. L. 137-3 : « Cette taxe est recouvrée et contrôlée par les organismes chargés du recouvrement des cotisations du régime général de Sécurité sociale, selon les règles et sous les garanties et sanctions applicables au recouvrement des cotisations à la charge des employeurs assises sur les gains et rémunérations de leurs salariés. Sont applicables les dispositions de l'article L. 133-3 et des chapitres 3 et 4 du titre IV du livre II dans leur rédaction en vigueur à la date de la publication de la dernière loi de financement de la Sécurité sociale.

Les unions pour le recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales et les caisses générales de Sécurité sociale sont habilitées à effectuer tout contrôle sur le versement de la taxe dans les conditions fixées au chapitre 3 du titre IV du livre II dans sa rédaction en vigueur à la date de la publication de la dernière loi de financement de la Sécurité sociale.

Toutefois, la taxe à la charge des employeurs relevant du régime agricole est directement recouvrée et contrôlée par les caisses de mutualité sociale agricole, dans les conditions prévues par les articles 1032 à 1036, 1143 à 1143-6 et 1246 du livre VII du code rural, ainsi que par les décrets n° 50-1225 du 21 septembre 1950, n° 76-1282 du 29 décembre 1976, n° 79-707 du 8 août 1979 et n° 80-480 du 27 juin 1980, dans leur rédaction en vigueur à la date de la publication de la dernière loi de financement de la Sécurité sociale. »

Art. L. 137-4 : « Les différends nés de l'assujettissement à la taxe visée à l'article L. 137-1 relèvent du contentieux général de la Sécurité sociale et sont réglés selon les dispositions applicables aux cotisations de sécurité sociale, conformément aux dispositions du chapitre 3 du titre III et des chapitres 2 et 4 du titre IV du livre Ier du présent code et, en outre, du chapitre 5 du titre II du livre VII du code rural pour le régime agricole, dans leur rédaction en vigueur à la date de la publication de la dernière loi de financement de la Sécurité sociale. Toutefois, les décisions rendues par les tribunaux de Sécurité sociale jugeant de ces différends sont susceptibles d'appel quel que soit le montant du litige. »

I. LE CUMUL D'UN EMPLOI PRIVÉ ET D'UNE PENSION DE RETRAITE

La loi Fillon sur les retraites du 24.07.2003 avait maintenu le principe de l'interdiction du cumul entre un emploi et une retraite. Mais elle avait atténué ce principe en permettant la reprise d'une activité procurant des revenus, si ceux-ci ajoutés aux pensions de retraite, restent inférieurs au dernier salaire d'activité perçu avant la liquidation de la pension de retraite (art. L. 161-221 du Code de la S.S.).

Si cette reprise d'activité avait lieu chez le dernier employeur, elle ne pouvait intervenir qu'au moins 6 mois après la date d'entrée en jouissance de la pension de retraite (art. L. 161-221 du Code de la S.S.).

Dans le cas où ce plafond était dépassé, il appartenait au bénéficiaire d'en informer la ou les caisses compétentes. Dans ce cas-là, ses pensions étaient suspendues, selon les modalités à demander à sa caisse de retraite.

Par contre, comme toujours en droit français, il y avait quelques exceptions.

L'ordonnance de 1982 exempte certaines activités de la condition de cessation définitive de tout lien professionnel avec le dernier employeur.

Il s'agissait :

- d'activités artistiques exercées à titre principal ou accessoire ;
- d'activités littéraires ou scientifiques exercées accessoirement, c'est-à-dire dès lors que le revenu annuel total qu'elles procurent est inférieur à celui d'un salarié rémunéré sur la base du Smic et employé à tiers temps ;
- de participation aux activités juridictionnelles ou assimilées ;
- des consultations données occasionnellement (pas plus de 15 heures/semaine en moyenne pendant l'année) ;
- de la participation à des jurys de concours publics ou à des instances consultatives ou délibératives réunies en vertu d'un texte législatif ou réglementaire.

De même en est-il des activités bénévoles : par exemple les gîtes ruraux, les activités juridictionnelles, les œuvres artistiques, littéraires, scientifiques.

En effet, depuis longtemps, le régime de base des salariés (régime général de la Sécurité sociale) subordonnait le cumul emploi-retraite à la cessation de l'activité exercée antérieurement à la liquidation de la pension et à la rupture de tout lien de droit avec l'ancien employeur.

Les régimes de retraite complémentaire avaient apporté une nouvelle restriction à cette possibilité de cumul, en plafonnant les revenus du participant en cas de reprise d'une activité réduite.

Dorénavant, le cumul est possible sans restriction ce qui permet à un salarié ayant liquidé sa retraite de reprendre de suite un emploi à temps partiel avec le même employeur.

QUESTIONS / RÉPONSES

Un salarié peut-il refuser de remettre à son employeur son relevé de carrière ?

Certes, aucun texte actuel ne l'y oblige, mais le juge des référés peut le contraindre, à remettre à son employeur son relevé de carrière établi par la CNAVTS sous astreinte, en application de l'article 145 du NCPC (C.A. Versailles 20.02.2003, R.J.S. 7/03 n° 872).

Un salarié inapte peut-il être mis à la retraite ?

Si un employeur a un salarié déclaré en inaptitude physique au travail par le médecin du travail à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, il peut le licencier dans le mois, mais alors il doit lui régler une indemnité spéciale de licenciement, qui est égale au double de l'indemnité légale, sauf dispositions conventionnelles plus favorables pour le salarié.

Mais il est possible que ce salarié remplisse les conditions pour être « mis à la retraite », et que cette indemnité soit plus faible que la précédente.

La Cour de cassation a tranché en un arrêt du 29.01.2002 (P + B, n° 99-41.028), l'employeur doit régler l'indemnité spéciale.

Un employeur peut-il signifier un préavis plus long ?

Tout à fait, le cas est fréquent où l'employeur prévient le salarié très longtemps à l'avance.

En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, cette indemnité sera-t-elle payée ?

Oui, en cas de défaillance de l'employeur, l'A.G.S. (Assurance des Garanties de Salaires), gérée par l'ASSEDIC assurerait le paiement de l'indemnité due.

DEUXIÈME PARTIE

LE DÉPART NÉGOCIÉ
ET LA TRANSACTION

V

LE DÉPART NÉGOCIÉ ET LA RUPTURE CONVENTIONNELLE (ou rupture amiable ou rupture par consentement mutuel)

VUE D'ENSEMBLE

A. NE PAS CONFONDRE TRANSACTION ET DÉPART NÉGOCIÉ

B. DÉFINITION ET INTÉRÊT DU DÉPART NÉGOCIÉ

C. LA LICÉITÉ D'UNE RUPTURE D'UN COMMUN ACCORD

D. LES 6 CAS PRÉVUS PAR LE CODE DU TRAVAIL ET LA JURISPRUDENCE

E. LES 3 CAS D'INTERDICTION ABSOLUE

F. LES EFFETS JURIDIQUES D'UN DÉPART NÉGOCIÉ

G. LES 10 CONDITIONS NÉCESSAIRES DE VALIDITÉ D'UN DÉPART NÉGOCIÉ

H. LES 4 CONDITIONS RELATIVES À OBSERVER POUR SIGNER UN DÉPART NÉGOCIÉ SÛR

I. LA FIN DES RUPTURES NÉGOCIÉES ART. 1134

J. LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

K. LA PROCÉDURE DE RUPTURE CONVENTIONNELLE : LA CONVOCATION À UN ENTRETIEN

L. LA PROCÉDURE : LES FORMULAIRES ADMINISTRATIFS OFFICIELS DE RUPTURE CONVENTIONNELLE

M. PROCÉDURE : LE MODÈLE-TYPE DE CONVENTION

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. NE PAS CONFONDRE TRANSACTION ET DÉPART NÉGOCIÉ

Il ne faut pas confondre les deux notions juridiques très distinctes que sont :

– **le départ négocié**, ou « **rupture amiable** » dit également « **par consentement mutuel** », régi par l'article 1134 du Code civil, et qui est un mode autonome de rupture du contrat de travail reposant sur la liberté contractuelle ;

– **et la transaction**, régie par les articles 2044 à 2058 du Code civil, qui est, pour l'essentiel, un cas d'accompagnement d'un licenciement déjà notifié, ou plus rarement d'une mise à la retraite, d'un litige ou d'une démission (Voir chap. ci-après).

La haute Cour n'a cessé de répéter qu'il ne faut pas confondre ou assimiler ces deux modes de rupture (Cass. Soc. 16.07.1997, R.J.S. 10/97 n° 1089, ou 25.09.2007, R.J.S. 12/07 n° 1286).

B. DÉFINITION ET INTÉRÊT DU DÉPART NÉGOCIÉ (ACCORD AMIABLE) (ART. 1134)

Un contrat de travail peut toujours cesser par la volonté :

– du salarié (démission, départ à la retraite...) ;

– de l'employeur (licenciement, mise à la retraite...) ;

mais il peut aussi cesser par la volonté commune des parties, celles-ci concrétisant leur accord sur le principe d'un départ et les conditions de la cessation des relations de travail, en application de l'article 1134 du Code civil. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Son intérêt pratique, était très limité dans la pratique, avant la légalisation d'une **rupture conventionnelle**.

Elle peut intervenir chaque fois qu'aucune des parties ne peut ou ne souhaite supporter la charge de l'imputabilité de la rupture. Par exemple :

– en cas de mésentente ou de divergences profondes entre les parties ;

– l’initiative de rupture prise par le salarié pour des raisons d’ordre personnel ;
– des événements extérieurs aux parties mais non constitutifs de la force majeure.
– « l’habillage » élégant d’un souhait de départ à la retraite, le salarié ne remplissant plus les conditions pour avoir droit aux allocations de l’ASSEDIC...

Rien n’interdisait avec ce mode de rupture, de fixer des avantages financiers moins avantageux que l’indemnité de licenciement. Mais avec la rupture conventionnelle, l’indemnité doit être au moins égale à l’indemnité la plus favorable entre la loi et la Convention collective.

La rupture d’un commun accord est un accord par lequel les parties décident de mettre fin au contrat de travail. Cet accord donnant lieu à une négociation, on la dénomme rupture « négociée ». Cette rupture se distingue de la résiliation judiciaire du contrat de travail qui est prononcée par le juge pour sanctionner l’inexécution de ses obligations par l’une ou l’autre des parties (Cass. Soc. 22.10.1997, n° 95-41.866). Elle se distingue également de la résiliation unilatérale dont le type est la démission, la rupture pour faute de l’employeur (voir chap. II), ou le licenciement. Enfin, elle ne se confond pas avec la transaction car son objet est de rompre le contrat, tandis que la transaction règle un différend né d’une rupture déjà prononcée.

C. LA LICÉITÉ D’UNE RUPTURE D’UN COMMUN ACCORD (HORS RUPTURE CONVENTIONNELLE)

Cette licéité relève de l’article L. 1243-1 du Code du Travail qui réserve expressément la possibilité de rompre avant terme le contrat à durée déterminée par accord des parties. Elle est plus généralement inscrite dans l’article 1134 du Code civil qui prévoit la révocation des contrats par voie de consentement mutuel et implicitement dans l’article L. 1221-1 du Code du Travail qui renvoie au droit commun des contrats civils. *« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun »*.

Pourtant, la Cour de cassation a longtemps hésité avant de tolérer le principe de la rupture amiable qu’elle présente désormais comme un mode spécifique de rupture (Cass. Soc. 30.05.1979, n° 77-41.304, ou Cass. Soc. 29.05.1996, n° 92-45.115) valable même lorsqu’une procédure spéciale est instituée par la loi (Cass. crim. 28.11.1984, n° 83-93.094, ou Cass. Soc. 09.07.1981 n° 79-42.263).

L’accord doit être conclu librement, le consentement du salarié étant

exempt de vice (erreur, violence, dol). Les règles de droit commun des contrats ; c'est à celui qui invoque le vice d'en rapporter la preuve : « Considérant... que le salarié ne démontre pas que, pour souscrire à une telle convention, il a été victime de la part de son employeur de manœuvres dolosives, ou encore qu'il a subi des violences ou pressions morales qui ont eu pour effet de vicier sa volonté ; qu'il s'ensuit qu'il a librement consenti aux modalités de l'accord intervenu, peu importe que les négociations entre les parties qui ont précédé la signature de l'acte aient été brèves. » (C.A. Paris, 22e ch., 23.05.1986).

Parmi les causes d'erreur souvent relevées figurent les tromperies, informations erronées ou insuffisantes données par l'employeur, en particulier lorsqu'il précise, à tort, que l'indemnité versée à l'occasion du départ n'est pas imposable ou lorsqu'il affirme que l'intéressé sera indemnisé par l'ASSEDIC. Il y a là un cas de nullité de la convention et, en tout cas, une source de préjudice pour le salarié (Cass. Soc. 19.12.9190 n° 88-41.363).
Le Conseil de Prud'hommes est compétent pour connaître des litiges relatifs à la rupture amiable et pour se prononcer sur l'existence d'un vice du consentement, en vertu du principe de compétence générale inscrit dans l'article L. 511-1 du Code du Travail (Cass. Soc. 05.03.1986 n° 83-40.233).

D. LES 6 CAS PRÉVUS PAR LE CODE DU TRAVAIL ET LA JURISPRUDENCE

– rupture du contrat d'apprentissage (art. L. 6222-18) ;
– rupture du C.D.D. (art. L. 1243-1) ;
– rupture d'un commun accord avec incitation aux départs volontaires dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi légalement conclu avec les partenaires sociaux (Cass. Soc. 02.12.2003, R.J.S. 2/04 n° 179).
– acceptation par le salarié de signer une convention de reclassement personnalisé (art. L.1235-16) ;
– le départ à la retraite décidé d'un commun accord entre l'employeur et le salarié ayant entre 60 et 65 ans et remplissant les conditions pour bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein. L'indemnité de départ est celle prévue pour la mise à la retraite par l'employeur, et surtout avec les mêmes exonérations sociales et fiscales ;
– la nouvelle rupture conventionnelle de 2008.

E. LES 3 CAS D'INTERDICTION ABSOLUE

– **Pour un salarié protégé**, même si l'Inspecteur du Travail avait approuvé la rupture ainsi négociée (Cass. Soc. 19.10.1993. n° 91-85.795) (jurisprudence constante).
– **En cas de motif économique** (art. L. 1233-3), en effet, depuis la loi du 29.07.1992, si le départ négocié est admis dans le cadre d'un licenciement économique, il appartient à l'employeur de respecter au préalable toutes les obligations de la procédure de licenciement pour motif économique. Mais sauf si un plan social (ou de sauvegarde de l'emploi) négocié avec les partenaires sociaux a prévu l'incitation aux départs volontaires (Cass. Soc. 02.12.2003, R.J.S. 2/04 n° 179).
– **En cas d'inaptitude physique prononcée par le médecin du travail.** En effet, l'article L. 1226-4 du C.T. prévoit que si, après une déclaration d'inaptitude physique prononcée par le médecin du travail, le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'expiration d'un délai d'un mois ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de reprendre le paiement du salaire. Dès lors, la loi exclue la possibilité pour les parties de transiger et de signer la rupture du contrat de travail d'un commun accord (Cass. Soc. 12.02.2002 n° 99-41.698 P). Bref, il n'y a pas d'alternative.
  Le départ négocié, dans ces conditions, conserve quand même, par rapport à une transaction, l'intérêt principal d'éviter le formalisme de la rupture, l'absence de notification du licenciement et d'énumération des motifs. Il permet, comme la transaction, de fixer d'un commun accord les modalités du préavis et des indemnisations du départ. Il a l'inconvénient d'être plus risqué pour le salarié, vis-à-vis du fisc et de l'ASSEDIC.
  C'est bien pourquoi les partenaires sociaux ont négocié en janvier 2008 la rupture conventionnelle qui est sûre vis-à-vis de l'ASSEDIC.

F. LES EFFETS JURIDIQUES D'UN DÉPART NÉGOCIÉ

Un départ négocié par consentement mutuel a deux effets juridiques, mais entre les deux seules parties :
– **un effet créateur** d'un droit nouveau entre les parties ;
– **un effet extinctif**, c'est-à-dire qu'il est un obstacle à la recevabilité d'une demande ultérieure du salarié devant toute juridiction.

Il y aurait obstacle à l'effet extinctif si :

– l'une des parties ne respectait pas son engagement ;
– les deux parties substituaient un nouvel acte juridique ou une transaction à l'ancien ;
– si l'accord écrit était rescindé en cas de dol (tromperie) ou de violence.

À condition toutefois qu'il soit régulier et valide.
Un acte de rupture par consentement mutuel n'a pas d'effet sur une poursuite pénale, les droits de l'ASSEDIC, de la Sécurité sociale, le fisc... En effet, un accord signé par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposé par eux. Il ne peut faire naître un droit au profit d'un tiers ou une obligation à sa charge.
Le sort des indemnités versées à cette occasion sur le plan de l'URSSAF et des ASSEDIC est plus incertain (voir ci-après).
D'où le **soin à apporter dans la rédaction** d'un tel accord, qu'il vaut mieux confier à un spécialiste.

G. LES 10 CONDITIONS NÉCESSAIRES DE VALIDITÉ D'UN DÉPART NÉGOCIÉ

1. Il doit avoir un objet licite. S'il ne vise qu'à faire échec à certaines règles relatives à la rupture du contrat de travail, qui sont d'ordre public, il est annulé et redressé (Cass. Soc. 18.06.1996 n° 92-44.729, n° 2845 P, R.J.S. 10/96 n° 1045). Il ne doit pas y avoir de contradiction entre les différentes clauses de la transaction (Cass. Soc. 18.05.1999 n° 97-40.439, n° 2266 P). Il ne peut, naturellement, avoir pour véritable objet que de faire échapper certaines sommes aux cotisations sociales et à l'impôt sur le revenu. Les cas d'erreur sur l'objet de la contestation sont fort rares. Citons l'arrêt Cass. Soc. 24.11.1998 n° 95-43.523, où les parties, de bonne foi pensaient que seule l'indemnité légale de licenciement était due, alors que le salarié avait quand même droit à une petite indemnité conventionnelle. Dès lors, la validité de la transaction était affectée.

2. Il peut intervenir à tout moment, dès lors que les parties sont d'accord pour rompre le contrat de travail.

3. Il implique qu'il y ait existence d'une situation pré-conflictuelle latente face à laquelle les parties hésitent à s'engager, l'employeur craignant de prendre l'initiative du départ, le salarié craignant de démissionner (perte des indemnités de licenciement et des allocations de chômage).

4. Mais la rupture négociée n'est valable que si elle est indépendante de tout litige. L'existence d'un litige conduit souvent le juge à requalifier l'accord de rupture en transaction (Cass. Soc. 29.05.1996, n° 92-45.115 ou Cass. Soc. 02.12.1997, n° 95-42.008 ou Cass. Soc. 06.05.1998 n° 96-40.610). La rupture négociée étant un mode spécifique de rupture, elle évince les règles du licenciement et en particulier l'obligation de respecter la procédure de licenciement et le préavis (Cass. Soc. 12.02.1985 n° 82-42.934 ou Cass. Soc. 12.05.1993, n° 89-43.346). Il ne peut y avoir départ négocié dans le cas d'un licenciement notifié (Cass. Soc. 16.07.1997, R.J.S. 10/97 n° 1089, 09.05.2001, R.J.S. 9/2001 n° 996).

5. Les juges laissent les parties libres d'organiser la rupture en la présentant comme un licenciement, comme une démission (Cass. Soc. 08.01.1985 n° 82-43.376), **ou une résiliation par consentement mutuel**. Si la rupture d'un commun accord n'entraîne pas l'obligation de respecter la procédure de licenciement (Cass. Soc. 12.05.1993. n° 89-43.346), rien ne l'interdit. En particulier si l'on veut respecter les droits du salarié vis-à-vis des allocations chômage, et du caractère non imposable des indemnités convenues. Dans ce cas, il conviendra de définir dans l'acte les motifs réels pouvant justifier de la rupture. Mais pratiquement, on voit mal l'intérêt du départ négocié dans ce cas, et nous ne saurions trop recommander aux parties de conclure une transaction. Tel est notamment le cas d'un départ négocié pour motif économique qui « ne peut avoir pour effet d'éluder l'application des dispositions d'ordre public propres au licenciement économique », estime la jurisprudence.

6. Il doit être signé en toute connaissance de cause, le salarié ayant eu le temps de réflexion suffisant pour avoir pu apprécier l'étendue de son engagement et pris les conseils suffisants.

7. Il doit être rédigé par écrit et dûment approuvé par les deux parties.

8. Il doit avoir été signé librement sans que le consentement du salarié ait été vicié.

Il ne doit y avoir eu :

– aucune manœuvre dolosive (tromperie), le cas le plus fréquent est celui où l'employeur a donné des informations erronées lors des négociations et qui ont influencé la décision du salarié, par exemple, que l'indemnité convenue serait non imposable, ou que le salarié bénéficierait des allocations de l'ASSEDIC ;
– ou de pressions morales telles qu'elles se traduiraient en « violence ».

9. Il ne peut avoir pour effet une renonciation par un salarié à un droit qu'il tient des dispositions d'ordre public ou de la Convention collective applicable.

Toute clause ayant cet objet serait nulle.

C'est pourquoi ce mode est interdit pour mettre fin au contrat d'un salarié protégé.

10. Les sommes, attribuées en indemnité de départ, ne peuvent réparer un préjudice financier, mais uniquement un préjudice moral. C'est à ce seul titre qu'elles sont exemptées de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu (I.R.P.P.), mais ces sommes subissent la C.S.G. et la C.R.D.S.

H. LES 4 CONDITIONS RELATIVES À OBSERVER POUR SIGNER UN ACCORD NÉGOCIÉ SÛR

1. Bien scinder et distinguer :

- l'accord portant sur des sommes soumises aux charges sociales ;
- le montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement ;
- le montant, qualifié « d'indemnité de départ » ou « d'incitation au départ », présumé réparer un préjudice uniquement moral ou la perte d'emploi.

2. L'acte de départ négocié ne règle que les différends qui s'y trouvent compris

Il n'a l'autorité de la chose jugée que dans les limites de la contestation à laquelle il a mis fin ou qu'il a empêchée.

3. L'acte de départ négocié ne peut porter que sur des droits nés à la date de la rupture

Par exemple, il n'est pas de nature à priver un salarié licencié pour motif économique – ou ayant adhéré à une convention de conversion – de la priorité de réembauchage dont il bénéficie pendant un an. (Cour d'appel de Dijon 09.06.1993).

4. Veiller au classement des pièces

Veiller à définir où seront prudemment classées les pièces ayant servi au calcul de la transaction.

- dans le dossier individuel ou un dossier spécifique on classe les éléments

officiels de rupture du contrat et la transaction, ce dossier pouvant être produit lors de contrôles ultérieurs (URSSAF, fisc...) ;

– ailleurs (et pas n'importe où), les éléments de négociation ayant servi à définir les modalités pratiques et financières convenues entre les parties. Ces pièces souvent abondantes, et parfois compromettantes, ne servent à rien dans le dossier, une fois la transaction signée. C'est un jeu d'enfant pour un contrôleur URSSAF de demander ce dossier non expurgé ; son redressement est alors facile, et si l'employeur rechignait, il craindrait en plus le pénal.

I. LA FIN DES RUPTURES NÉGOCIÉES ARTICLE 1134

La loi instituant la rupture conventionnelle aura mis fin à la rupture négociée, dite « article 1134 ».
En effet, les primes de départ versées lors de ses ruptures étaient la plupart du temps soumises à cotisations sociales tant pour l'employeur que pour le salarié, et elles étaient imposables pour le salarié.

De plus le bénéfice des allocations ASSEDIC était plus qu'aléatoire. Les commissions paritaires de cet organisme devaient « procéder à une enquête pour établir les intentions des parties et pour déterminer qu'elle est celle qui, en réalité, avait pris l'initiative de la rupture.

J. LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

L'accord interprofessionnel du 11.01.2008 a prévu en son article 12, un nouveau mode de rupture du contrat de travail, dit : « rupture conventionnelle ».
C'est donc un mode qui exclut le licenciement ou la démission. Il ne s'apparente pas à la transaction qui, elle, ne peut être que postérieure à un licenciement.
Le mode de rupture précité, relevant de l'article 1134 du Code civil, était très peu employé compte tenu des risques sur le plan de l'ASSEDIC, de l'URSSAF, du fisc, des prud'hommes…

Dès 1979, la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de cette résiliation conventionnelle (Cass. Soc. 30.05.1979 n° 479).

Elle a confirmé plus tard que la rupture amiable était un mode spécifique de rupture du contrat de travail (Cass. Soc. 22.01.1981 ou 03.10.1985 n° 83-41.774).
Depuis la jurisprudence fut constante, ce mode de rupture était possible dans le cadre d'un P.S.E. ou d'un plan de départs volontaires (Cass. Soc. 22.02.1985 n° 68 ou 22.11.2004 n° 385).
Donc ce texte ne fait que confirmer un état existant, mais en le sécurisant, en particulier sur les droits à l'ASSEDIC et la sécurisation de l'accord de rupture.

Les principes ont été arrêtés par cet accord interprofessionnel, la loi en a défini les conditions art. L. 1237-11 :
« L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.
La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties.
Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinée à garantir la liberté du consentement des parties ».

Les droits à l'ASSEDIC pour la rupture conventionnelle ont été confirmés par l'arrêté ministériel du 09.10.2008, (Journal Officiel du 22/10).

ATTENTION : La rupture conventionnelle ne vise uniquement que les contrats à durée indéterminée (circ. DGT. 2008/11 du 22.07.2008).
Elle vise tous les salariés, y compris les salariés protégés avec un formulaire spécifique.

En pratique, elle vise :
– les salariés dont le contrat est suspendu (mais pas ceux bénéficiant d'une protection particulière, telles congé maternité, accident du travail ou maladie professionnelle…) ;
– les assistantes maternelles ;
– les employés de maison ;
– les avocats salariés ;
– les anciens salariés protégés ;
– un salarié travaillant pour une entreprise étrangère en France, dès lors qu'il a un C.D.I. de droit français. La demande d'homologation doit être adressée à la D.D.T.E.F.P. dont relève l'adresse personnelle du salarié si l'entreprise étrangère ne dispose d'aucun établissement sur le sol français.

Elle ne peut viser les salariés bénéficiant d'une protection particulière : maternité, accident du travail, maladie professionnelle…, ni les départs dans le cadre d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi ou de la GPEC.
Elle ne peut contourner les procédures prévues pour les licenciements économique.

Pour être recevable, la demande d'homologation de rupture conventionnelle doit être effectuée sur le formulaire prévu par l'arrêté du 18.07.08 (Journal officiel du 19.07.08) et les différentes cases qui y sont mentionnées doivent être renseignées (voir ci-après).

Notamment, dans sa partie 3, la convention de rupture doit être datée et signée par chaque partie et porter la mention « lu et approuvé ».

À compter du lendemain de cette signature, chaque partie dispose d'un délai de rétractation de 15 jours calendaires. La date de la fin de ce délai doit être précisée dans la convention.

La demande d'homologation peut être adressée à la D.D.T.E.F.P., au plus tôt, le lendemain de l'expiration de ce délai.

À compter du lendemain du jour de réception de la demande, la D.D.T.E.F.P. dispose de 15 jours ouvrables (c'est-à-dire dimanches et jours fériés exclus) pour traiter la demande. Au-delà de ce délai, l'homologation est réputée acquise tacitement.

La convention doit indiquer la date envisagée pour la rupture du contrat de travail ; celle-ci peut intervenir, au plus tôt, le lendemain du jour de la notification de l'acceptation d'homologation ou de l'accord tacite (cf. ci-dessus).

Le montant de l'indemnité spécifique de rupture qui doit être versée au salarié ne peut pas être inférieure à 1/5e de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent 2/15e de mois au-delà de dix ans d'ancienneté. L'indemnité est calculée selon la formule la plus avantageuse pour le salarié : soit la moyenne des 12 derniers mois de rémunération, soit la moyenne des 3 derniers mois. Dans ce dernier cas, toute prime ou gratification de caractère exceptionnel versée au salarié pendant cette période n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

En cas d'absence pour maladie au cours d'un mois dans les 12 derniers mois, le salaire mensuel servant au calcul de cette indemnité doit être calculé, pour ce mois, sur la base du salaire moyen habituel. Il en de même pour d'autres motifs d'absence (congé parental, congé sabbatique…) ou baisse d'activité pour chômage partiel.

En cas de refus d'homologation de la convention, chaque partie en est informée.
En cas d'acceptation, la D.D.T.E.F.P. adresse également, à chaque partie, son accord. En cas d'acceptation tacite, vous pouvez formuler, par écrit, une demande d'attestation d'homologation.

Si votre demande d'homologation de rupture conventionnelle a été déclarée irrecevable, vous pouvez transmettre une nouvelle demande complète et conforme quant aux délais de procédure et aux exigences législatives de fond.

Si elle a fait l'objet d'un refus, vous pouvez contester cette décision devant le conseil de prud'hommes. Aucun recours gracieux ne peut être effectué ; en conséquence, votre demande ne peut faire l'objet d'un nouvel examen. Si vous le souhaitez, vous pouvez adresser une nouvelle demande complète et conforme quant aux délais de procédure et aux exigences législatives de fond.



K. LA PROCÉDURE DE RUPTURE CONVENTIONNELLE : LA CONVOCATION

Si une rupture conventionnelle est envisagée
Lors de l'entretien officiel :
- compléter le formulaire administratif (ci-après),
- nous conseillons que les deux parties signent une Convention dont le modèle type est joint.

Ces deux pièces sont à signer le jour de l'entretien officiel.
Nous conseillons, en outre, d'adresser au D.D.T.E., (ou à l'Inspecteur du Travail pour les salariés protégés), la convention et la convocation en même temps que le formulaire de demande.

Lettre du salarié sollicitant l'ouverture de pourparlers

Expéditeur

Destinataire

Date
Mail ou courrier

Messieurs,
Après réflexion, ma décision est prise concernant la poursuite ou non de mon contrat de travail. … /…

Je souhaiterai vous rencontrer afin de vous en faire part et d'envisager, le cas échéant, une rupture conventionnelle de mon contrat de travail.

VARIANTE : À la suite des échanges que nous avons eus avec ma hiérarchie, je me permets de me rapprocher de vous de manière plus formelle pour envisager une rupture conventionnelle de mon contrat de travail.

Je me tiens à votre disposition pour un entretien plus formel sur ce sujet à la date et aux horaires qui vous conviendront le mieux.

Veuillez…

Signature

2 cas sont envisageables :

– l'employeur refuse de négocier ; voir, ci-après, modèle a) de réponse,
– ou l'employeur accepte, voir modèle b).

a) Réponse de l'employeur opposant une fin de non-recevoir

Expéditeur

Destinataire

Lettre R.A.R.
Date

M.

Par courrier du …. vous avez sollicité l'ouverture de pourparlers en vue d'une éventuelle rupture conventionnelle de votre contrat de travail.

Nous sommes très surpris par votre demande.

En effet, à notre connaissance, au cours des entretiens avec votre hiérarchie (*par exemple évaluation…*), Vous ne nous aviez jamais informés de votre souhait de quitter notre entreprise.

Nous n'avons, pour notre part, aucune intention de nous séparer de votre collaboration.

Nous ne sommes pas non plus disposés à vous verser une quelconque indemnité à l'occasion d'un départ dont vous prendriez l'initiative.

En revanche, nous sommes tout à fait disposés à vous rencontrer pour dissiper d'éventuels malentendus et faire le point.

Veuillez…

Signature

b) Lettre de l'employeur de convocation officielle au dernier entretien avant une demande de rupture conventionnelle à la D.D.T.E.F.P.

M……

(adresse)

En confirmation de nos entretiens informels, et pour la bonne règle, comme vous avez opté pour une rupture conventionnelle, nous vous confirmons la date de l'entretien dont nous sommes convenus pour évoquer la possibilité de recourir à une Rupture conventionnelle de votre contrat de travail, dans les conditions définies par le Code du Travail (articles L. 1237-11 à 16), dont le texte exhaustif est annexé à la présente.

Nous avons fixé cette date au …… (*Au moins 8 jours après remise de cette lettre*), à … heures où vous rencontrerez M…… au siège de votre établissement de rattachement administratif.
Si vous décidez de vous faire assister par un autre salarié de l'entreprise, vous voudrez bien nous le faire savoir au moins deux jours avant ce rendez-vous.
Variante en cas d'absence d'institution représentative du personnel :
Vous avez la possibilité de vous faire assister lors de cet entretien plus formel par un autre salarié de l'entreprise ou par un conseiller extérieur inscrit sur une liste départementale arrêtée par le Préfet, vous pourrez consulter cette liste :

– *soit à la Mairie dont relève notre établissement (adresse impérative) ;*
– *soit à l'Inspection du Travail (adresse impérative).*

Si vous décidez de vous faire assister, dans ce cas, l'employeur ou son représentant pourra aussi se faire assister (Code du Travail art.1237-12). Dans ce cas, nous vous serions obligés de bien vouloir nous le faire savoir au moins 3 jours ouvrables avant la date de l'entretien afin que nous puissions aussi prendre nos dispositions.

Par ailleurs nous vous rappelons que vous pouvez contacter le service de l'emploi qui pourra vous aider dans votre décision. Voici la procédure légale :

1) Compléter ensemble le formulaire administratif de demande de rupture conventionnelle qui sera adressé à la Direction Départementale de l'Emploi et de la formation professionnelle.
2) Respecter le délai de rétractation de 15 jours calendaires pour chacune des parties.
3) Envoi du formulaire administratif de rupture conventionnelle à la Direction Départementale de l'Emploi après ces 15 jours de droit à rétractation, en cas d'absence de rétractation ;
4) Refus ou homologation de l'accord par la Direction Départementale du Travail qui dispose de 15 jours ouvrables pour réagir, son silence au-delà de ce délai valant homologation.
5) Rupture du contrat de travail à la date prévue par le formulaire et au plus tôt le lendemain de l'homologation administrative.

6) Paiement de l'indemnité de départ prévue dans le formulaire, et édition du bulletin de paie, du reçu pour solde de tout compte, de l'attestation ASSEDIC et du certificat de travail.
7) Le salarié concerné bénéficie des allocations de chômage dans les conditions de droit commun après l'homologation administrative.

Date et signature de l'employeur

Selon l'art. L. 1237-11 : « L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.
La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties.
Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinée à garantir la liberté du consentement des parties ».

Selon l'art. L. 1237-12 : « Les parties au contrat conviennent d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours duquel le salarié peut se faire assister :
- soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié ;
- soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un Conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative. Lors du ou des entretiens, l'employeur a la faculté de se faire assister quand le salarié en fait lui-même usage. Le salarié en informe l'employeur auparavant ; si l'employeur souhaite également se faire assister, il en informe à son tour le salarié. L'employeur peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs, ou par tout autre employeur relevant de la même branche. »

Selon l'art. L. 1237-13 : « La convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut être inférieure à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 du Code du Travail. »
(Il s'agit en fait de l'indemnité légale de licenciement due à tout salarié ayant au moins un an d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur. Elle est égale à 2/10e de mois de salaire brut par année d'ancienneté, plus un quinzième de mois par année d'ancienneté au-delà de 10 ans d'ancienneté).

« Elle fixe la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation.
À compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'elles dispose d'un délai de 15 jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie. »

Selon l'art. L. 1237-14 : « À l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture. Un arrêté du ministre chargé du travail fixe le modèle de cette demande.
L'autorité administrative dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect des conditions prévues à la présente section et de la liberté de consentement des parties. À défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie.
La validité de la convention est subordonnée à son homologation.
L'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui de la convention. Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du Conseil de Prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif. Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de la date d'homologation de la convention. »

Selon l'art. L. 1237-15 : « Les salariés bénéficiant d'une protection mentionnée aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 peuvent bénéficier des dispositions de la présente section. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1237-14, la rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'Inspecteur du Travail dans les conditions prévues aux chapitres Ier du titre Ier du livre IV, à la section I du chapitre Ier et au chapitre II du titre II du livre IV de la deuxième partie. Dans ce cas, et par dérogation aux dispositions de l'article L. 1237-132, la rupture du contrat de travail ne peut intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation.
En fait, ceci signifie que pour les salariés protégés, l'autorisation de l'I.T. est requise.

Selon l'art. L. 1237-16 : « La présente section n'est pas applicable aux ruptures de contrats de travail résultant :
- des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et compétences (GPEC) dans les conditions définies par l'article 2242-15 ;
- des plans de sauvegarde de l'emploi dans les conditions définies par l'article L. 1233-61.

Par ailleurs, l'article 80 duodecies du Code Général des Impôts précise : « La fraction des indemnités prévues à l'article L. 1237-13 du Code du Travail, versées à l'occasion de la rupture conventionnelle du contrat de travail, d'un salarié lorsqu'il n'est pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire, qui n'excède pas :

a) soit 2 fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année précédant la rupture de son contrat de travail, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de 6 fois le plafond mentionné à l'article L. 241-3 du Code de la Sécurité sociale en vigueur à la date de versement des indemnités ; (En pratique il s'agit du plafond annuel de la Sécurité sociale).
b) soit le montant de l'indemnité de licenciement prévu par la Convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi ».

Constat de rupture de pourparlers

Entre les soussignés :

La Société..... représentée par M.....

D'une part

Et le salarié M.....

D'autre part

Les parties se sont rencontrées à plusieurs reprises.
Elles constatent qu'au terme de leur négociation, elles n'ont pu aboutir à un accord sur la rupture conventionnelle du contrat de travail qui les lie depuis le…

Chaque partie s'astreint pour l'avenir à respecter une stricte confidentialité sur les informations échanges lors de ces entretiens.
Elles ne sauraient être communiquées à des tiers ou servir de base à un éventuel contentieux, par l'une ou l'autre des parties.

Fait à....., le.....

L. LES FORMULAIRES OFFICIELS DE CONVENTION DE RUPTURE CONVENTIONNELLE. COMMENT COMPLÉTER LE FORMULAIRE ?

Voir le site internet : travail.gouv.fr, puis aller dans « formulaires ». Aller ensuite dans : « Rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée ».

Choisir alors le formulaire pour un salarié protégé ou l'autre selon le cas.

Télécharger celui des 2 formulaires qui est concerné, l'un pour les salariés non protégés (ci-dessous) qui sera à adresser au D.D.T.E., l'autre réservé aux salariés protégés, (délégués par exemple), à adresser à l'Inspecteur du Travail. Ils sont les mêmes, sauf à la fin.

Dans le chapitre 2, un petit conseil, bien mentionner le nom et le prénom de l'assistant du salarié, mais ajouter son n° de téléphone et son appartenance syndicale (ex. Délégué syndical CFDT, ou Délégué du Personnel CGT, ou Secrétaire du C.E., CGC, etc).
Pour l'assistant de l'employeur : Nom, Prénom et n° de téléphone.
En effet, certains D.D.T.E. demandent ces renseignements et imposent de recommencer la procédure en leur absence.

M. LE MODÈLE-TYPE DE CONVENTION DE RUPTURE CONVENTIONNELLE

Nous conseillons de la compléter et que les deux parties la signent le jour de l'entretien officiel. Une circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 le confirme. **Voir p. 91 (*Liaison Sociale*, Circulaire sur la rupture conventionnelle du C.D.I.)**

ANNEXE

Rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée d'un salarié protégé ***en application de l'article L 1237-15 du code du travail***	**Colonnes réservées à l'inspecteur du travail** / **conformité**

1. Informations relatives aux parties à la convention de rupture

Nom et prénom du **salarié**			
Adresse Téléphone			
Emploi / qualification			
Nom ou raison sociale de l'**employeur** nom du signataire pour le compte de l'employeur n° de téléphone			
Adresse		n° de SIRET	
Convention collective applicable			

Ancienneté du salarié à la date envisagée de la rupture	|_|_|	ans	|_|_|	mois

Rémunération mensuelle brute des douze mois précédents

mois de		mois de	
mois de		mois de	
mois de		mois de	
mois de		mois de	
mois de		mois de	
mois de		mois de	

Rémunération mensuelle brute moyenne	

2. Déroulement des échanges pour convenir de la rupture conventionnelle	**oui**	**non**

A. Date du premier entretien *(jj/mm/aaaa)*	|_|_| |_|_| |_|_|_|_|

Rappeler au salarié la possibilité qu'il a de contacter les services, notamment le service public de l'emploi, qui pourront l'aider à prendre sa décision en pleine connaissance de ses droits.

Salarié assisté	oui / non		si oui par			
Employeur assisté	oui / non		si oui par			

B. Date(s) des autres entretiens éventuels	I_I_I I_I_I I_I_I_I_I	I_I_I I_I_I I_I_I_I_I

Salarié assisté	oui		si oui par			
	non					
Employeur assisté	oui		si oui par			
	non					

3. Convention de rupture

	oui	non

Les parties décident de rompre le contrat de travail à durée indéterminée qui les lie et conviennent d'un commun accord des conditions de la rupture de ce contrat :
- droits afférents à la rupture de ce contrat ;
- versement d'une indemnité de rupture du montant indiqué ci-dessous ;
- date envisagée de la rupture, sous réserve des délais prévus par la loi, ci-après.

Autres clauses éventuelles :

Montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle (somme en lettres)			
Date envisagée de la rupture du contrat de travail *(jj/mm/aaaa)*	I_I_I I_I_I I_I_I_I_I		

Date et signature précédée de la mention "lu et approuvé" par chaque partie

IMPORTANT : La date de signature de la convention de rupture déclenche le délai de rétractation de 15 jours calendaires pendant lequel chaque partie peut revenir sur sa décision. La demande d'autorisation ne peut donc être transmise à l'inspecteur du travail qu'à l'issue du délai de 15 jours calendaires prévu pour l'exercice du droit de rétractation.

Date de fin du délai de rétractation *(jj/mm/aaaa)*	I_I_I I_I_I I_I_I_I_I		

Remarques éventuelles des parties ou des assistants sur ces échanges / autres commentaires

19 juillet 2008 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE Texte 51 sur 165

Rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée et formulaire de demande d'homologation *en application de l'article L 1237-14 du code du travail*	**Colonnes réservées à la DDTEFP** / **conformité**

1. Informations relatives aux parties à la convention de rupture

Nom et prénom du **salarié**			
Adresse Téléphone			
Emploi / qualification			
Nom ou raison sociale de l'**employeur** nom du signataire pour le compte de l'employeur n° de téléphone			
Adresse		n° de SIRET	

Convention collective applicable	

Ancienneté du salarié à la date envisagée de la rupture	I_I_I	ans	I_I_I	mois

Rémunération mensuelle brute des douze mois précédents			
mois de		mois de	
mois de		mois de	
mois de		mois de	
mois de		mois de	
mois de		mois de	
mois de		mois de	

Rémunération mensuelle brute moyenne	

2. Déroulement des échanges pour convenir de la rupture conventionnelle

		oui	non
A. Date du premier entretien *(jj/mm/aaaa)*	I_I_I I_I_I I_I_I_I_I		

Rappeler au salarié la possibilité qu'il a de contacter les services, notamment le service public de l'emploi, qui pourront l'aider à prendre sa décision en pleine connaissance de ses droits.

Salarié assisté	oui / non		si oui par			
Employeur assisté	oui / non		si oui par			

B. Date(s) des autres entretiens éventuels	I_I_I I_I_I I_I_I_I_I I_I_I I_I_I I_I_I_I_I

Salarié assisté	oui / non		si oui par			
Employeur assisté	oui / non		si oui par			

3. Convention de rupture	oui	non
Les parties décident de rompre le contrat de travail à durée indéterminée qui les lie et conviennent d'un commun accord des conditions de la rupture de ce contrat : - droits afférents à la rupture de ce contrat ; - versement d'une indemnité de rupture du montant indiqué ci-dessous ; - date envisagée de la rupture, sous réserve des délais prévus par la loi, ci-après. *Autres clauses éventuelles :*		

Montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle (somme en lettres)			
Date envisagée de la rupture du contrat de travail *(jj/mm/aaaa)*	|_|_| |_|_| |_|_|_|_|		
Date et signature précédée de la mention "lu et approuvé" par chaque partie			

IMPORTANT : La date de signature de la convention de rupture déclenche le délai de rétractation de 15 jours calendaires pendant lequel chaque partie peut revenir sur sa décision. La demande d'homologation ne peut donc être transmise à la DDTEFP qu'à l'issue du délai de 15 jours calendaires prévu pour l'exercice du droit de rétractation.

Date de fin du délai de rétractation *(jj mm aaaa)*	|_|_| |_|_| |_|_|_|_|		

Remarques éventuelles des parties ou des assistants sur ces échanges / autres commentaires

4. Décision du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle

Date de réception par la DDTEFP de la demande d'homologation	|_|_| |_|_| |_|_|_|_|

IMPORTANT : La DDTEFP dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables, à compter du jour de la réception de la demande telle que précisée dans l'accusé réception délivré. A défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise.

Décision relative à l'homologation de la rupture	***refus***		***acceptation***	

Si refus d'homologation par le DDTEFP, cochez la ou les cases du ou des motifs invoqués	*non-respect des règles de l'assistance*	
	indemnité de rupture conventionnelle inférieure au minimum	
	non-respect du délai de rétractation	
	absence de liberté de consentement ☐ *précisez :*	
	autres ☐ *précisez :*	

date d'envoi du refus d'homologation aux parties à la convention	

Date et signature du DDTEFP		



Jeudi 23 avril 2009 - **N° 91/2009** ■ LSQ n° 15350

RUPTURE DU CONTRAT	
Ruptures atypiques	01/09

LÉGISLATION SOCIALE

Rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée

Dans une récente circulaire, la Direction générale du travail (DGT) a fait le point sur la rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée (CDI), nouveau mode de rupture créé par la loi de modernisation du marché du travail. L'utilisation de la rupture conventionnelle s'effectue dans les entreprises sans gros « dérapages ». Cependant, en raison de la dégradation de la conjoncture économique, certains employeurs soucieux de réduire leurs effectifs pourraient être tentés de proposer des ruptures conventionnelles à leurs salariés. Pour éviter les dérives, la DGT appelle l'administration à la vigilance sur les ruptures conventionnelles qui seraient conclues en vue de contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs. Pour autant, « un contexte économique difficile pour l'entreprise, voire un plan de sauvegarde de l'emploi circonscrit à d'autres emplois, ne sont pas à eux seuls suffisants pour exclure l'application de la rupture conventionnelle. Le caractère coordonné et organisé des ruptures conventionnelles peut, en revanche, constituer un indice additionnel », souligne la DGT.
Sur la question de savoir quelle indemnité – entre l'indemnité légale et l'indemnité conventionnelle de licenciement – l'employeur doit verser au salarié en cas de rupture conventionnelle du CDI, la circulaire n'apporte pas de réponse. Les partenaires sociaux devraient trancher dans un avenant à l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. ■

SOURCE

Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée

VOIR AUSSI

Rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée : v. Légis. soc. -Rupture, atypiques- n° 182/2008 du 18 août 2008
Démission, rupture négociée : v. Numéro juridique, janvier 2009

CE QU'IL FAUT RETENIR

▸ **Champ d'application.** Peuvent notamment conclure une telle rupture les salariés dont le contrat de travail est suspendu, sans bénéficier, à ce titre, d'une protection particulière, les salariés français travaillant pour une entreprise étrangère en France, titulaires d'un CDI de droit français, les médecins du travail et les anciens salariés protégés. En revanche, une telle rupture ne peut être conclue avec un salarié dont le contrat est suspendu et bénéficiant, à ce titre, d'une protection particulière (par exemple, congé de maternité).

▸ **Délais procéduraux.** Le délai de rétractation court à compter du lendemain de la date de la signature de la convention de rupture, et celui d'instruction à partir du lendemain de la réception de la demande d'homologation par le DDTEFP. Lorsque ces délais expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

▸ **Formulaire de demande d'homologation.** Les parties doivent vérifier que l'ancienneté portée sur le formulaire de demande d'homologation tient bien compte de la date effective prévue pour la rupture. Elles doivent aussi s'assurer que les rémunérations du salarié jusqu'à la date effective de la rupture ne modifient pas en sa défaveur la base de calcul de l'indemnité convenue, les parties ne pouvant qu'inscrire les 12 salaires versés précédemment à la demande d'homologation.

▸ **Indemnité de rupture.** La détermination de sa base de calcul est identique à celle utilisée pour l'indemnité de licenciement (moyenne des trois ou 12 derniers salaires bruts mensuels). Lorsque le salarié a perçu des sommes exceptionnelles au cours de ces mois, il faudra reconstituer le salaire brut mensuel moyen perçu en lissant au prorata ces sommes. Si le salarié a moins d'une année d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle lui est due au prorata du nombre de mois de présence.

▸ **Contentieux.** L'annulation d'un refus d'homologation a pour effet de ressaisir, dans les conditions de droit commun, le directeur départemental du travail compétent à qui il appartient de statuer en tenant compte de l'autorité de la chose jugée. En aucun cas, le conseil de prud'hommes ne peut accorder l'homologation.

DOCUMENT

Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009

relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée

L'article 5 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail résultant de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 instaure un nouveau mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée : la rupture conventionnelle (articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail).

Ces dispositions prévoient que l'employeur et le salarié, parties au contrat de travail à durée indéterminée, peuvent convenir d'un commun accord des conditions de la rupture de la relation de travail qui les lie.

La rupture conventionnelle résulte d'une convention signée par les parties au contrat de travail et est soumise à une procédure spécifique destinée à garantir la liberté du consentement des parties.

La validité de la convention de rupture est subordonnée à son homologation par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, procédure reposant sur l'envoi du formulaire de demande d'homologation, tel que défini par l'arrêté du 18 juillet 2008.

●●●



●●● Le formulaire de demande d'homologation, ainsi que celui d'autorisation relatif à la rupture conventionnelle d'un salarié protégé contiennent en leur partie 3 la convention de rupture. Ainsi, aucun document complémentaire n'est obligatoire pour la validité de la demande.

Cependant, si les parties le souhaitent, ce formulaire peut être éventuellement complété par des feuillets annexes explicitant les points d'accord de volonté des parties dans le cadre de la rupture. Un formulaire accompagné d'une convention de rupture portant identités et signatures des parties est recevable comme demande d'homologation d'une rupture conventionnelle.

Cette circulaire apporte des précisions concernant la mise en œuvre des dispositions prévues aux articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail et complète la circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, laquelle porte spécifiquement sur l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

1. CHAMP D'APPLICATION

Plusieurs précisions doivent être apportées concernant le champ de la rupture conventionnelle.

1.1. Issue du droit civil, la rupture amiable a été depuis longtemps reconnue par la jurisprudence comme l'un des modes de rupture du contrat de travail.

La rupture conventionnelle, telle qu'elle a été reconnue par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 puis par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 est, en conséquence, une forme organisée de rupture amiable.

La rupture conventionnelle, comme toute rupture amiable, procède d'une initiative commune de l'employeur et du salarié de rompre d'un commun accord le contrat de travail.

1.2. Dans certaines hypothèses, le législateur a estimé que le salarié était placé dans une situation dont la particularité interdisait à l'employeur et au salarié de déroger et de renoncer, par la voie de la rupture d'un commun accord, aux dispositions d'ordre public du Code du travail.

En ce qui concerne la conclusion d'une rupture conventionnelle pendant une suspension du contrat de travail, il convient ainsi de distinguer la nature de la suspension du contrat de travail.

Dans les cas de suspension ne bénéficiant d'aucune protection particulière (congé parental d'éducation congé, congé sabbatique, congé sans solde, etc.), aucune disposition n'interdit aux parties de conclure une rupture conventionnelle.

Dans les cas où la rupture du contrat de travail est rigoureusement encadrée durant certaines périodes de suspension du contrat (par exemple durant le congé de maternité en vertu de l'article L. 1225-4, ou pendant l'arrêt imputable à un accident du travail ou une maladie professionnelle en vertu de l'article L. 1226-9, etc.), la rupture conventionnelle ne peut, en revanche, être signée pendant cette période.

1.3. La rupture conventionnelle et la procédure qu'elle implique ne sont pas davantage applicables lorsqu'il existe déjà, de par la loi ou l'accord collectif, des dispositifs visant à garantir et à organiser la liberté de consentement du salarié et la protection de ses droits.

C'est sur la base de ce raisonnement que le législateur a exclu du champ de la rupture conventionnelle les ruptures amiables intervenant dans le cadre des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou dans le cadre de la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE).

1.4. Enfin, il convient d'être particulièrement vigilant sur les ruptures conventionnelles qui seraient conclues en vue de contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs.

Un contexte économique difficile pour l'entreprise, voire un PSE circonscrit à d'autres emplois, ne sont pas à eux seuls suffisants pour exclure l'application de la rupture conventionnelle. Le caractère coordonné et organisé des ruptures conventionnelles peut, en revanche, constituer un indice additionnel.

2. LES PARTIES À LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

2.1. Un salarié français travaillant pour une entreprise étrangère en France peut bénéficier de la rupture conventionnelle dès lors qu'il est titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée de droit français. Si l'entreprise étrangère ne dispose d'aucun établissement sur le sol français, c'est au DDTEFP dont relève l'adresse personnelle du salarié que doit être adressée la demande d'homologation de la rupture conventionnelle.

2.2. Dans l'hypothèse d'un contrat d'apprentissage, les parties ne peuvent pas conclure de rupture conventionnelle. Le contrat d'apprentissage n'étant pas par nature un contrat à durée indéterminée, il ne peut pas être rompu par une rupture conventionnelle.

2.3. Les avocats salariés peuvent bénéficier de la rupture conventionnelle. La demande d'homologation doit être présentée devant le DDTEFP compétent. Toutefois, en cas de contentieux, c'est devant le bâtonnier que le litige doit être porté, sans pour autant que les voies de recours devant les conseils des prud'hommes ne leur soient interdites.

2.4. La rupture conventionnelle dont une des parties est un médecin du travail doit suivre la procédure requise pour les salariés dits « protégés ».

2.5. Les employeurs d'anciens salariés protégés à divers titres, et souhaitant conclure une rupture conventionnelle, doivent respecter la procédure réservée aux salariés protégés, et utiliser le formulaire adéquat, ceci durant les périodes de protection définies par les articles L. 2411-3 et suivants.

3. LA PRISE EN CHARGE DE L'ASSISTANCE DU SALARIÉ À L'ENTRETIEN

La prise en charge de l'assistance du salarié par un conseiller du salarié dans le cadre d'une rupture conventionnelle s'effectue dans les conditions de droit commun relatives à cette mission.

À cet effet, l'intervention s'impute sur le crédit d'heures de 15 heures par mois maximum.

De même, le remboursement des frais de déplacement s'opère dans les mêmes conditions en terme de justificatif à fournir dont notamment l'attestation du salarié assisté. Les interventions (une ou plusieurs par convention de rupture) sont également comptabilisées dans le seuil d'au moins quatre interventions ouvrant droit au bénéfice de l'indemnité forfaitaire (article D. 1232-8 du Code du travail). Un formulaire *ad hoc* sera prochainement mis à votre disposition.

4. LES DÉLAIS

4.1. Les délais de droit commun

La computation des délais procéduraux (rétractation et instruction) de la rupture conventionnelle obéit aux principes des articles 641 et 642 du Code de procédure civile et R. 1231-1 du Code du travail.

Ces délais commencent à courir au lendemain, d'une part de la date de la signature de la convention de rupture (pour le délai de rétractation), et, d'autre part, au lendemain de la réception de la demande d'homologation par le DDTEFP (pour le délai d'instruction).

Lorsque ces délais expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Tant la date d'envoi de la demande d'homologation au DDTEFP ●●●



●●● une fois le délai de rétractation écoulé, que la date convenue de rupture du contrat de travail, doivent prendre en compte l'application de ces règles de computation sous peine de refus d'homologation de la rupture conventionnelle.

4.2. Le délai d'instruction spécifique aux salariés protégés

Le délai d'instruction afférent à l'autorisation de la rupture conventionnelle d'un salarié protégé est de 15 jours et peut être prolongé, si les nécessités de l'enquête contradictoire le justifient, ceci conformément aux dispositions de l'article R. 2421-4 du Code du travail.

5. LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

5.1. Préavis

Aucun « préavis » n'est prévu dans le cadre de la rupture conventionnelle, terme réservé au licenciement et à la démission. Toutefois, les parties ont la faculté de prévoir une date de rupture de contrat de travail qui convienne à chacune. Dans ce cas les parties devront nécessairement prendre en compte le délai laissé au DDTEFP pour statuer sur la demande qui lui est présentée.

En ce qui concerne la situation juridique du salarié pendant la procédure – c'est-à-dire tant que la date de rupture du contrat de travail n'a pas été atteinte –, les règles afférentes au contrat de travail continuent à s'appliquer, c'est-à-dire que la situation du salarié doit correspondre exactement aux modalités habituelles d'exercice du contrat de travail, droits et obligations de chaque partie compris. Ainsi, le salarié peut être par exemple en congés payés.

5.2. Date de rupture différée après l'homologation

Un délai plus ou moins long peut s'écouler, selon l'accord des parties, entre l'homologation de la rupture et le caractère effectif de la rupture.

Pendant cette période le contrat de travail continuera à s'appliquer selon les règles de droit commun. Cependant, pour obtenir l'homologation, la convention doit prendre en compte une ancienneté et des salaires non encore échus.

Il appartiendra, alors, aux parties de vérifier que l'ancienneté portée sur le formulaire de demande d'homologation tient bien compte de cette date effective prévue pour la rupture.

En ce qui concerne la base de calcul de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, les parties ne pouvant qu'inscrire les 12 salaires versés précédemment à la demande d'homologation, il reviendra au salarié de vérifier que ses rémunérations à venir jusqu'à la date effective de la rupture ne modifient pas en sa défaveur la base de calcul de l'indemnité convenue.

La détermination de la base de calcul est identique à celle utilisée pour l'indemnité de licenciement. À ce titre, c'est – au plus favorable pour le salarié – la moyenne des trois ou 12 derniers salaires bruts mensuels. Toutefois, le salarié peut avoir perçu des sommes exceptionnelles (prime annuelle, etc.) certains de ces mois. Dans cette hypothèse, à l'instar de l'indemnité de licenciement (article R. 1234-4 du Code du travail (1)), il conviendra de reconstituer le salaire brut mensuel moyen perçu en lissant au prorata ces sommes.

5.3. Régime indemnitaire des salariés de moins d'un an d'ancienneté

La loi de modernisation du marché du travail ne renvoie à l'indemnité légale de licenciement que pour définir le montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, sans en définir les conditions d'attributions.

Dans le cas où le salarié partie à la rupture conventionnelle a moins d'une année d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle lui est due au prorata du nombre de mois de présence.

Par exemple, pour un salarié ayant sept mois d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle doit être : salaire brut mensuel moyen multiplié par 1/5e multiplié par 7/12e.

6. LES CONTENTIEUX

La convention de rupture signée par les parties doit, pour devenir effective, être homologuée par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (article L. 1237-14, 3e alinéa du Code du travail).

Les litiges relatifs à la convention de rupture, l'homologation ou le refus d'homologation relèvent de la compétence du conseil des prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif, ainsi que le précise le 4e alinéa de l'article L. 1237-14 du Code du travail.

En créant un bloc de compétence, le législateur a entendu ne pas disjoindre tout litige relatif à l'homologation, décision administrative, de celui relatif à la convention de rupture, en terme de libre consentement des parties (dol, violences et vices du consentement – article 1384 du Code civil), l'homologation et la convention de rupture ne pouvant pas être considérées comme détachables.

Ce faisant, le législateur n'a pas pour autant entendu modifier les principes généraux applicables à la décision administrative que constitue l'homologation.

Au nombre de ces principes, il y a les conséquences qui s'attachent à une annulation contentieuse. Dans cette hypothèse, l'annulation d'un refus d'homologation a pour effet de ressaisir, dans les conditions du droit commun, l'autorité compétente à qui il appartient de statuer en tenant compte de l'autorité de la chose jugée. En aucun cas le conseil des prud'hommes n'est compétent pour accorder l'homologation de la rupture conventionnelle.

Vous trouverez ci-joint un modèle de décision.

Vous voudrez bien me faire connaître les difficultés pratiques et juridiques suscitées le cas échéant par l'application de la présente instruction sous le timbre DGT/RT1.

ANNEXE 1

Décision

Le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle,

Vu le Code du travail, notamment ses articles L. 1237-11 et suivants,

Vu le jugement du conseil des prud'hommes de..., en date du..., aux termes duquel : «... de l'attendu »

Vu la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle du... et reçu le..., entre les parties N1 et N2,

DÉCIDE :

Article 1 : La rupture conventionnelle susvisée est homologuée/refusée

Convention de rupture conventionnelle

Entre les soussignés :
M. …..
– Demeurant au…
– N° de Sécurité sociale :
ci-après dénommé « le salarié » ;

Et la Société (ou l'Association.. ; dénomination sociale …..)
– Adresse :
– N° URSSAF :
– Représentée par le signataire de la présente ;
Ci-après dénommée :

Il a été convenu la présente rupture conventionnelle.

Art. 1. Rappel du contexte

Dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, l'ancienneté du salarié remonte au : ……
Variante si le salarié est un salarié protégé : « Le salarié précité est investi de la fonction représentative suivante….. »

Pour des raisons de convenances personnelles, les parties ont décidé d'un commun accord de mettre un terme au contrat de travail qui les liait par une rupture conventionnelle sous réserve de l'homologation du Directeur Départemental de l'Emploi et de la Formation Professionnelle (D.D.T.E.F.P.).
Variante si le salarié est un salarié protégé : « …soumise à l'autorisation de l'Inspecteur du Travail ».
Variante si le salarié s'est fait appuyer par un avocat : « Le salarié s'était appuyé sur les conseils de son avocat, Maître….. du barreau de…… n° de portable : ….. »

Art. 2. Procédure suivie

La Société a confirmé la date d'un entretien officiel avec le représentant de l'entreprise M…. (Nom, prénom et qualité), par lettre datée du :… ,

Elle l'a informé :
– de son droit à se faire assister par un autre salarié de son choix (variante en l'absence de représentant du personnel : … par un salarié de l'entreprise ou par un Conseiller extérieur choisi sur la liste dressée par le D.D.T.E.F.P. en vertu de l'article L. 1237-12 du Code du Travail), en particulier lors de l'entretien officiel de ce jour.
– de sa faculté de contacter les services, tel le service public pour l'emploi, susceptibles de l'aider à prendre une décision en toute connaissance de cause, de ses droits ;
– du déroulement de la procédure légale.
– de son droit de 15 jours à rétractation.

Art. 3. Modalités de la rupture du contrat de travail

Après négociations et suite à l'entretien officiel précité, les soussignés ont convenu :

31. De rompre le contrat de travail du salarié le lendemain de l'homologation par le D.D.T.E.F.P. *(soit 16 jours calendaires + 17 jours ouvrables au minimum) Variante : de rompre le contrat de travail du salarié le : … (cas où le délai légal est très dépassé)*
32. Le salarié reconnaît ne pouvoir prétendre à aucune indemnité compensatrice de préavis.
33. À compter de cette date le salarié recevra les éléments de résiliation de son contrat de travail (certificat de travail, attestation destinée à l'ASSEDIC, reçu pour solde de tout compte et naturellement paiement des rémunérations dues jusqu'à la rupture de son contrat, indemnité de congés payés et éventuels jours R.T.T. non pris, solde de son éventuel Compte Épargne-Temps, et paiement des sommes dues précisées ci-après.
34. Le salarié bénéficiera d'une Indemnité de rupture conventionnelle brute s'élevant à : … € *(inscrire également la somme en lettres)*. Cette somme inclut la somme de …. € correspondant à celle de l'indemnité de licenciement auquel son ancienneté lui ouvre droit.
35. Le salarié a pris acte que ce mode rupture lui donne droit à l'indemnisation auquel il peut prétendre de la part de l'ASSEDIC.
36. Droit à rétractation : Est joint à la présente les articles 1237-13 et 14 du Code du Travail sur le droit à rétractation.
37. Demande d'homologation. La Société se chargera, après le délai de rétractation de faire parvenir au D.D.T.E.F.P. (variante en cas de salarié protégé : « à l'Inspecteur du Travail »), cette demande établie en 3 exemplaires, un pour le salarié, un pour l'employeur et un pour l'Administration du travail.

Fait à..... Le.....

Rappel des articles du Code du Travail
relatifs au droit de rétractation

Selon l'art. 1237-13 : « La convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut être inférieure à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 du Code du Travail. »

(Il s'agit en fait de l'indemnité légale de licenciement due à tout salarié ayant au moins un an d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur. Elle est égale à 2/10e de mois de salaire brut par année d'ancienneté, plus deux quinzièmes de mois par année d'ancienneté au-delà de 10 ans d'ancienneté).
« Elle fixe la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation.
À compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'elles dispose d'un délai de 15 jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie. »

Selon l'art. 1237-14 : « À l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture. Un arrêté du ministre chargé du travail fixe le modèle de cette demande.
L'autorité administrative dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect des conditions prévues à la présente section et de la liberté de consentement des parties. À défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie.
La validité de la convention est subordonnée à son homologation.
L'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui de la convention. Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du Conseil de Prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif. Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de la date d'homologation de la convention. »

ATTENTION : Pour un salarié protégé, la consultation du Comité d'établissement, (ou d'entreprise), est requise, sauf pour les délégués syndicaux qui n'auraient pas de mandat électif par ailleurs. Elle doit avoir lieu avant la signature de la convention de rupture conventionnelle

Un salarié ayant signé une rupture conventionnelle a-t-il droit à son DIF (Droit Individuel à la Formation) ?

Le DIF n'étant mentionné dans les articles L. 1237-11 à 14, et n'étant pas prévu dans le formulaire administratif, on peut en conclure que les droits à DIF « DÉMISSION » ou « LICENCIEMENT » ne s'appliquent pas. En effet, l'article L. 1237-11 prévoit expressément que « la rupture conventionnelle est exclusive du licenciement ou de la démission.
Mais nous attendons un nouveau texte ou jurisprudence.
Nous conseillons donc de traiter de la question lors de la négociation, ne serait-ce que pour la « portabilité » du DIF prévu par l'accord interprofessionnel du 11.01.2008.
Le salarié doit demander son DIF avant la date d'homologation, donc avant la signature de la convention de rupture conventionnelle.
En revanche, il ne peut réaliser sa formation au titre du DIF après la rupture de son contrat, c'est-à-dire de son préavis.

Un salarié peut-il lors de l'entretien officiel avant une rupture conventionnelle, se faire assister d'un avocat ?

Non, ni le salarié, ni son employeur (circ. DGT 2008-11 du 22.07.2008). Mais l'expérience montre que c'est une absurdité, surtout dans une petite entreprise, car deux avocats rendraient la décision des deux parties plus éclairée.

Comment se décompte le droit à rétractation ?

À compter de la date de signature de la convention, l'employeur et le salarié disposent chacun d'un délai de 15 jours calendaires pour se rétracter, c'est-à-dire que tous les jours sont décomptés y compris le dimanche.
Par exemple, le délai de rétractation pour une convention signée le 1er décembre, s'achèvera le 16 décembre à minuit (circ. min. 2008/11 du 22.07.2008).

Sous quelle forme une partie peut-elle se rétracter ?

La loi n'a pas prévu la forme recommandée, donc on peut la remettre contre décharge ou l'adresser par lettre R.A.R.

Quel est le rôle du DDEFP dans l'instruction de la demande d'homologation ?

Son rôle est de vérifier :
– que la procédure a été exactement respectée ;

– que le salarié a bien eu la possibilité de se faire assister ;
– que le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle est bien au moins égale à celle de l'indemnité de licenciement (la plus favorable entre l'indemnité conventionnelle ou l'indemnité légale (2/10e de mois par année d'ancienneté après un an d'ancienneté, plus 2/15e après 10 ans d'ancienneté) ;
– que le consentement du salarié a bien été libre et éclairé.

Y a-t-il une limite au montant de l'indemnité de rupture conventionnelle ?

Oui, c'est comme pour une transaction : cette indemnité est exonérée de charges salariales (tant pour l'employeur que pour le salarié), et d'Impôt sur le Revenu des Personnes Physiques (I.R.P.P.) dans la limite de la plus élevée des sommes :
– soit le montant de l'indemnité de licenciement (légale ou conventionnelle), ceci sans limitation de montant ;
– soit le double de la rémunération annuelle (toutes primes incluses), perçue par le salarié durant l'année civile précédant la date de la rupture de son contrat de travail ;
– soit 50 % du montant de l'indemnité versée au salarié.

Mais pour ces deux derniers critères, la fraction excédant six fois le plafond annuel de la Sécurité sociale en vigueur lors du versement, est soumise aux charges sociales et à l'I.R.P.P.

Le Code Général des Impôts a exclu de ces exonérations les salariés en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse.

Une indemnité de rupture conventionnelle est-elle assujettie à la C.S.G. et à la C.R.D.S. ?

Oui, pour la partie excédant l'indemnité de licenciement.
C'est pourquoi il est bon, ne serait-ce que pour la paie, de distinguer deux parties :
– le montant de l'indemnité de licenciement exonérée de charges sociales, de C.S.G./C.R.D.S. et d'I.R.P.P. ;
– et le complément éventuellement prévu d'indemnité de rupture conventionnelle soumise à C.S.G./C.R.D.S., après abattement de 3 % (art. L. 136-2 du code de la S.S.).

En cas de litige, suite à une rupture conventionnelle, quel est le Tribunal compétent ?

C'est naturellement le Conseil des prud'hommes qui est compétent.

Pour un salarié protégé, il peut y avoir un recours administratif hiérarchique auprès du ministre du Travail, comme dans le droit commun, ou devant le tribunal administratif (circ. min. précitée 2008/11).

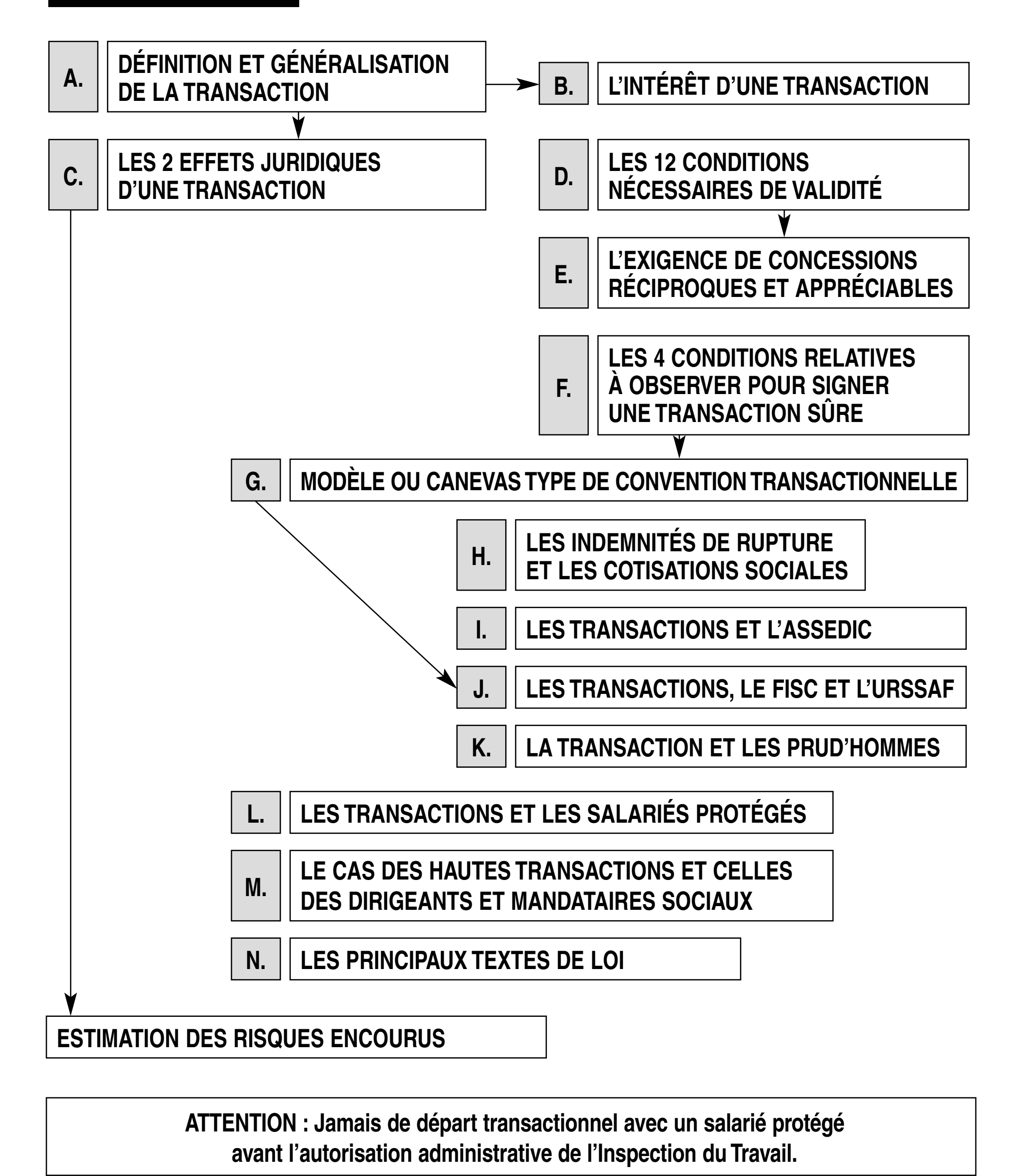
Quels sont les recours possibles ?

Le Conseil des Prud'hommes est la juridiction compétente, les autres juridictions sont exclues (Tribunal administratif par exemple).
Mais la loi a prévu que l'action doit être intentée dans les 12 mois à partir de la date d'homologation, au-delà, elle est irrecevable.

VI

LA TRANSACTION

VUE D'ENSEMBLE



ATTENTION : Jamais de départ transactionnel avec un salarié protégé avant l'autorisation administrative de l'Inspection du Travail.

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. DÉFINITION ET GÉNÉRALISATION DE LA TRANSACTION

Plus de 60 % des cadres ont bénéficié l'an passé d'une transaction, dans les cas où l'employeur a pris l'initiative de la rupture. La France se rapproche ainsi d'un mode de rupture plus habituel dans les pays rhénans que dans les pays latins.

Cet engouement des employeurs est incontestablement dû au contenu parfois totalement imprévisible de certaines décisions judiciaires. La transaction est parée, aux yeux des employeurs, de tous les attraits, tant le juge du travail fait peur !

Ce mode de rupture, de plus en plus employé, est régi par les articles 2044 à 2058 du Code civil.

> Art. 2044 : « La transaction est une convention écrite, par laquelle les parties :
> – terminent une contestation déjà née ;
> – ou préviennent une contestation à naître ;
> – le contrat doit être rédigé par écrit. »

Lorsqu'elle est légalement formée (c'est-à-dire sans clause illégale et en respectant les 12 conditions de validité), elle « a entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (art. 2052).
Elle s'accompagne la plupart du temps :

– d'un renoncement ultérieur à tout recours ;
– et obligatoirement de concessions réciproques (mais pas obligatoirement proportionnelles).

Ce n'est pas un mode autonome de rupture du contrat de travail, c'est un acte réglant les conséquences d'une **rupture du contrat de travail déjà notifiée** pour mettre fin à toute contestation. Rupture généralement par licenciement, mais également bien que plus rarement par mise à la retraite, en cours d'essai, voire par démission.

Elle n'a pas officiellement pour objet d'organiser la rupture du contrat, c'est la rupture par consentement mutuel régie par l'article 1134 du Code civil qui a cet objet. Elle a pour seul effet de régler les conséquences d'une rupture déjà notifiée par lettre avec A.R. (R.A.R. ou remise contre décharge).

La rédaction d'une transaction doit être soignée, afin d'éviter tout litige ultérieur, et de minimiser les risques de redressement par les URSSAF, le fisc... Les « hautes transactions » sont affaire de spécialistes, et nous ne saurions trop recommander l'intervention d'un avocat spécialisé.
Il en va de même pour les « très hauts montants » ou les conditions de départ des mandataires sociaux révocables *ad nutum* et non considérés comme salariés, donc non couverts par l'ASSEDIC. Dans ces cas-là, nous employons une autre formule, qui ne peut relever de la seule entreprise, car elle requiert l'intervention de deux avocats, d'un arbitre et de l'exequatur.

Nota : le présent chapitre ne traite que de la transaction accompagnant un licenciement. Mais rien n'empêche de signer une transaction en cours de contrat sans rupture de celui-ci. « Un employeur et un salarié peuvent valablement conclure une transaction destinée à mettre fin à un différend concernant l'exécution même du contrat de travail » (Cass. Soc. 10.03. 1998 n° 95-43.094, n° 1300 P, R.J.S. 4/98 n° 456).

B. L'INTÉRÊT D'UNE TRANSACTION

Le principe est qu'à l'occasion de tout départ, des litiges et contestations peuvent naître entre employeur et salarié.
Ces litiges peuvent porter :
– sur des sommes dues au titre de l'exécution du contrat (primes, salaires, frais…) ;
– ou sur d'autres éléments (préavis, indemnité de licenciement, réparation du préjudice, qualificatif de la faute, contestation du licenciement…).
Le salarié peut attaquer devant le Conseil de Prud'hommes, mais cette procédure est longue, très aléatoire et onéreuse.
La première phase dans les Prud'hommes est une **phase de conciliation**. Si les parties concilient, on s'accorde sur une **convention transactionnelle de conciliation**.

Depuis 1953, on peut signer une convention transactionnelle sous seing privé :
– sans droit de timbre et sans formalité de dépôt ;
– sans devoir passer devant un Tribunal : **c'est la transaction.**

Et depuis 1977 la Cour de cassation estime que si les dispositions du Code du Travail relatives à la rupture du contrat de travail sont bien des dispositions d'ordre public, ceci ne peut faire obstacle à ce que les « parties

transigent sur les conséquences civiles d'un licenciement » (Cass. Soc. 22.06.1977 n° 75-40.679).
Elle présente de nombreux avantages et a en particulier le mérite de régler rapidement un litige, de faire l'économie des frais inhérant à une instance contentieuse dont l'issue est incertaine et lointaine, d'éviter des charges sociales et de rendre des sommes non imposables pour le salarié, d'avoir organisé un départ élégant ne laissant pas un trop mauvais souvenir au salarié s'il a l'impression qu'il a bien négocié ; c'est aussi le prix de la paix sociale, et parfois de la mauvaise conscience…

C. LES 2 EFFETS JURIDIQUES D'UNE TRANSACTION

Une transaction valable a deux effets juridiques, mais entre les deux seules parties* :

– **un effet créateur** d'un droit nouveau entre les parties. « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (Article 2052 du Code Civil) ;
– **un effet extinctif entre les deux seules parties,** c'est-à-dire qu'elle est un obstacle à la recevabilité d'une demande ultérieure du salarié devant toute juridiction. Une transaction constitue donc une fin de non-recevoir d'une action en justice. En signant sa transaction, le salarié renonce à toute action judiciaire concernant, selon la formule consacrée, « l'exécution de la rupture du contrat de travail ». Mais, elle n'a d'effet extinctif que sous condition du respect des engagements de l'employeur. Dans un arrêt (Cass. Soc. 11.05.2005 n° 1170), l'employeur n'ayant jamais réglé l'indemnité convenue, les engagements du salarié de renoncer à tous recours n'avaient pas à être tenus ;
– mais cet effet n'est extinctif qu'entre les deux seules parties ayant signé la transaction. Une convention transactionnelle ne peut engager les tiers : fisc, URSSAF et Tribunal des Affaires de Sécurité sociale (TASS), ayant droits, ASSEDIC, syndicats ou autres Représentants du personnel, etc. Le TASS, comme tout juge civil use de l'article 12 du Nouveau Code de Procédure Civile et *« doit donner ou restituer leur*

* Une transaction n'a pas d'effet sur une poursuite pénale, les droits de l'ASSEDIC, de la Sécurité sociale, le fisc... (Cass. Soc. 07.06.1995, R.J.S. 9/95 n° 876).
Art. 2051: « La transaction faite par l'un des intéressés, ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux. » Elle ne peut faire naître un droit au profit d'un tiers ou une obligation à sa charge.

exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Par exemple, sera redressée une indemnité transactionnelle « forfaitaire » englobant le préavis ou un rappel de salaires ou des heures supplémentaires. Précisons même que le TASS n'est pas plus lié par un prononcé prud'homal lors de la conciliation (Cass. Soc. 28.03.2000 n° 97-42.419).
– Elle ne peut être attaquée que pour erreur de droit ou pour cause de lésion (en l'occurrence, que le salarié ait été lésé) (art. 2052 : « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort »).

Il y aurait obstacle à l'effet extinctif :
– si l'une des parties ne respectait pas son engagement ;
– si les deux parties substituaient une nouvelle transaction à l'ancienne ;
– si la transaction était rescindée en cas de dol (tromperie) ou de violence.

Mais à condition toutefois qu'elle soit régulière et valide.

D. LES 12 CONDITIONS NÉCESSAIRES DE VALIDITÉ D'UNE TRANSACTION

1. Elle doit avoir un objet licite. Si elle ne vise qu'à faire échec à certaines règles relatives à la rupture du contrat de travail, qui sont d'ordre public, elles sont annulées et redressées (Cass. Soc. 18.06.1996 n° 92-44.729, n° 2845 P, R.J.S. 10/96 n° 1045). Il ne doit pas y avoir de contradiction entre les différentes clauses de la transaction (Cass. Soc. 18.05.1999 n° 97-40.439, n° 2266 P). Elle ne peut, naturellement, avoir pour véritable objet que de faire échapper certaines sommes aux cotisations sociales et à l'impôt sur le revenu. Les cas d'erreur sur l'objet de la contestation sont fort rares. Citons l'arrêt Cass. Soc. 24.11.1998 n° 95-43.523, où les parties, de bonne foi, pensaient que seule l'indemnité légale de licenciement était due, alors que le salarié avait quand même droit à une petite indemnité conventionnelle. Dès lors, la validité de la transaction était affectée.

2. Elle peut intervenir à tout moment mais uniquement lorsque la rupture a été notifiée et est donc définitive (Cass. Soc. 29.05.1996, R.J.S. 6/96 p. 417 et 7/96 n° 789, Cass. Soc. 15.01.1997 n° 125 P, R.J.S. 2/97, n° 141). « Une transaction ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture du contrat de travail devenue définitive par la réception, par la salariée, de la lettre de licenciement dans les conditions prévues à l'article L.122-

14-4 du Code du Travail » (Cass. Soc. 29.05.1996 n° 92-45.115). (Cass. Soc. 16.07.1997 n° 3110 P + B, R.J.S. 10/97 n° 1089), (Cass. Soc. 02.12.1997 n° 4534, R.J.S. 1/98 n° 321), (Cass.Soc. 06.05.1998 n° 2250 P, Bull. civ. V p. 178, n° 236, 28.05.2002 n° 99-43.852 P + B + R).
La transaction conclue avant la notification du licenciement est nulle depuis un arrêt de 1996, sans arrêt confirmé depuis, alors qu'avant, était acceptée la transaction signée lors de l'entretien préalable (Cass. Soc. 12.11.1997. n° 94-44.507, ou 13.01.1998 n° 97-40.020, ou Cass. Soc. 26.10.1999 n° 2268 D, R.J.S. 10/99 ou Cass. Soc. 21.03.2000, ou Cass. Soc. 25.04.2001 n° 1672 ou Cass. Soc. 10.07.2002 n° 2500 P + B).
Dans ce dernier arrêt la transaction avait été conclue avant la notification du licenciement. Dans le même sens : (Cass. Soc. 10.01.2006).
Une transaction avait été signée avec un salarié qui n'était pas encore salarié protégé, mais dont l'employeur avait connaissance de l'imminence de sa désignation. La transaction est alors atteinte d'une nullité absolue, car conclue avant la notification du licenciement, lequel ne pouvait être prononcé qu'après l'autorisation administrative de l'Inspection du Travail (Cass. Soc. 16.03.2005 n° 02-45.293 P + B).
Cette position assez récente se fonde sur le fait qu'une transaction ne peut avoir pour objet que de régler les conséquences d'une rupture notifiée (Cass. Soc. 15.01.1997 n° 93-44.010, Cass. Soc. 26.10.1999 n° 97-42.846 n° 3793 P). Par contre, rien n'interdit de conclure une transaction pendant le préavis.
La Cour de cassation a même renforcé cet aspect en jugeant qu'une transaction, bien que signée postérieurement à la notification de la lettre R.A.R. de licenciement, n'était pas valable dès lors que les avantages consentis au salarié par l'employeur étaient les mêmes que ceux résultant d'un accord signé entre eux devant la notification (Cass. Soc. 09.07.2003 n° 1892).
Dans un arrêt (Cass. Soc. 07.10.2003 n° 01-45.013), la Haute Cour a une nouvelle fois jugé qu'un accord étant intervenu entre le salarié et son employeur avant la notification du licenciement par lettre R.A.R., cet accord qu'elle a qualifié de « transactionnel » était nul.
Dès lors, il ne reste comme solution sûre que de faire établir l'accord antérieur par un acte unique signé des deux parties et déposé chez un avocat.
3. Si elle fait suite à un licenciement, celui-ci doit reposer sur des motifs réels pouvant justifier une rupture. La Cour de cassation rappelle que si elle n'a pas « à se prononcer sur la réalité et le sérieux des motifs invoqués à l'appui de ce licenciement », il lui appartenait « néanmoins de vérifier l'existence de tels motifs, à défaut desquels le licenciement est nécessairement réputé sans cause réelle et sérieuse avec

les conséquences pécuniaires qui en résultent au profit du salarié » (Cass. Soc. 27.02.1996, R.J.S. 4/96 n° 508), (Cass. Soc. 13.10.1999, n° 97-42.027, n° 3511 P).
Mais, accentuant sa pression et son contrôle, dans un arrêt du 27.03.96 (R.J.S. 5/96 n° 541), la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond (en appel), appelés à statuer sur la validité d'une transaction réglant les conséquences d'un licenciement, la possibilité de vérifier et de modifier la qualification juridique donnée aux faits par les parties. En l'occurrence, ce directeur avait été licencié pour faute grave, et le lendemain, les parties signaient une transaction au terme de laquelle l'employeur renonçait à se prévaloir de la faute grave et versait préavis et congés payés. L'employeur fut condamné à payer l'indemnité de licenciement, les juges reconnaissant la cause réelle et sérieuse de licenciement, mais pas la faute grave qui en l'espèce reposait sur l'incompétence invoquée. Or une incompétence ou une insuffisance professionnelle, si elles peuvent justifier un licenciement, ne peuvent être considérées comme des fautes graves. Dans un même sens, l'arrêt de la Cour de cassation n° 1623 P + B du 06.04.1999, R.J.S. 5/99 n° 662, et l'arrêt du 13.10.1999 n° 97-42.027 qui met les points sur les « i » en précisant que si la lettre de licenciement n'est pas motivée, le licenciement est considéré comme abusif, et rend donc nulle la transaction prévoyant une indemnité inférieure à six mois, faute de concession de l'employeur. Dans un arrêt (Cass. Soc. 23.01.2001 n° 98-992 P + B), il a été statué que l'imprécision du motif équivaut à une absence de motif du licenciement, qui ne peut reposer que sur une cause réelle et sérieuse pouvant justifier la rupture du contrat.
Par un arrêt (Cass. Soc. 23.01.2001 n° 98-41.992 P + B), il a été rappelé que les juges doivent s'assurer du motif réel et sérieux invoqué dans la lettre de licenciement, et qu'à défaut, ceci équivaut à absence de motif emportant l'illégitimité du licenciement, et par là même de la transaction l'ayant suivi. À l'inverse, si le motif de licenciement répond aux exigences légales, le salarié ne peut faire annuler sa transaction, sauf en cas de vice de consentement (Cass. Soc. 18.12.2001 P, R.J.S. 3/02 n° 283).
Il convient donc désormais de parfaitement motiver la lettre de licenciement, et ne plus se limiter à de vagues « divergences de vues ». Dans le même sens, l'arrêt de principe du 13.10.1999 rappelle que l'absence de motivation dans la lettre de licenciement équivaut à absence de cause réelle et sérieuse, donc entraîne l'illégalité du licenciement et l'attribution de dommages et intérêts, même si le salarié a signé une transaction (voir ci-après § E).

4. Elle doit terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître. Bref, il faut un désaccord préalable. Il convient donc de rap-

peler clairement les éléments de la contestation et de les chiffrer. En l'absence de différend, il ne peut s'agir d'une transaction (Cass. Soc. 05.05.1965 n° 63-40.772), mais d'une rupture d'un commun accord. Il n'est nullement besoin que le litige ait été préalablement porté devant les Prud'hommes ; ceci ne nuit pas car on peut toujours transiger en cours d'instance contentieuse, à quelque niveau que l'on se place (avant ou après la conciliation, avant ou après le jugement prud'homal, avant ou après un jugement en appel ; Cass. Soc. 02.12.1997 n° 4535 PF, R.J.S. 1/98 n° 32). Dans ce cas les redressements sociaux et fiscaux sont à craindre. En pratique, si le salarié avait eu réellement au départ du litige des prétentions, il suffit de les rappeler, à défaut de les imaginer. Côté employeur, il suffit la plupart du temps de reprendre la formule suggérée dans le modèle-type de transaction proposé ci-après.

5. Elle doit être rédigée par écrit sur du papier blanc et non sur du papier à en-tête, chaque page doit être paraphée, et la dernière page doit clairement consigner l'approbation par les deux parties avec au moins la mention manuscrite « lu et approuvé » suivie de la signature des parties. L'article 2044 du Code civil précise que la transaction est un contrat qui doit être rédigé par écrit. Et si d'anciennes jurisprudences va-lidaient des transactions orales, nous ne saurions que conseiller l'écrit. Toutefois le salarié peut mandater formellement un avocat ou un tiers pour signer à sa place. Elle doit être rédigée en français, et une traduction en sa langue pourrait être demandée par un étranger. Rappelons que l'article L. 121-1 du Code du Travail impose l'usage du français dans le contrat de travail, ses avenants, et naturellement les actes mettant fin au contrat. Le nombre d'exemplaires doit être mentionné à la fin de la transaction. L'article 2044 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) précise également que « ce contrat doit être rédigé par écrit ».

6. Elle doit être signée en toute connaissance de cause, le salarié ayant eu le temps de réflexion suffisant pour avoir pu apprécier l'étendue de son engagement et pris les conseils nécessaires. Une transaction signée le jour même de la remise en mains propres de la lettre de licenciement qui n'a pas été envoyée en R.A.R. n'est donc pas valable (Cass. Soc. 05.10.1999 n° 97-43.233). Une transaction signée par un adulte n'ayant plus toutes ses facultés mentales lors de la signature peut entraîner l'annulation de celle-ci. (Code civil art. 489). Une transaction signée avec un étranger ou un illettré qui comprendrait mal le français risquerait d'être contestée (Cour d'appel de Paris 13.03.1984, ou Cass. Soc. 14.01.1997 n° 95-40.287 pour des salariés marocains ne comprenant pas le français écrit). Tel est aussi le cas d'une transaction par un mineur non émancipé

(Code civil art. 389.3, 491-2 et 510). Il en va de même pour un salarié indisponible pour signer (hospitalisation, expatriation…). Dans ces cas-là le salarié peut mandater un tiers (avocat, délégué, membre de sa famille), mais il faut que l'intéressé ait rédigé un mandat en bonne et due forme, même si c'est un avocat (Cass. Soc. 14.12.1995 n° 92-44.496).

7. Il ne faut pas qu'il y ait de vice du consentement. Si l'erreur sur la personne est difficilement imaginable pour un salarié, tel n'est pas le cas d'autres vices du consentement tels le dol ou la violence. « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol » (art. 1109 du Code civil).

– **Le dol (la tromperie) de l'employeur :** constitue une manœuvre dolosive, cause de nullité d'une transaction, le cas fréquent où l'employeur avait promis que l'indemnité de rupture serait non imposable, alors qu'elle le fut partiellement (Cass. Soc. 07.05.95, n° 2485 P, R.J.S. 9/95 n° 888). En cas de redressement fiscal, il y a tromperie. Tel est également le cas fréquent où l'employeur s'est trompé (ou a trompé sciemment le salarié), en établissant un calcul des allocations ASSEDIC, et quand en définitive le régime d'allocations change, lorsqu'il a oublié de tenir compte des délais de carence (Cass. Soc. 17.12.1986 n° 85-10.341)… Ces cas sont assimilés à des manœuvres dolosives et peuvent entraîner l'annulation pure et simple de la transaction. De façon désormais constante, s'ils n'annulent pas purement et simplement la transaction, les juges considèrent que l'employeur commet une faute ouvrant droit à réparation du préjudice causé au salarié, lorsque la transaction a été signée compte tenu d'une information erronée donnée par l'employeur (Cass. Soc. 07.06.1995 n° 91-44.294, n° 2485 P, R.J.S. 9/95 n° 888). C'est d'ailleurs plutôt sur le terrain de la réparation du préjudice pour vice du consentement que l'avocat du salarié se placera. Citons également ce cas où après avoir signé une transaction, l'employeur a multiplié les atermoiements, présenté des calculs confus et exigé de son salarié un accord immédiat (Cass. Soc. 19.03.1980 Bull. civ. V n° 272).
– **Le dol du salarié :** il pourrait y avoir eu dol du salarié en cas de gros mensonges de sa part, sans lesquels il a semblé aux juges que « sans ces mensonges, il est évident que l'employeur n'aurait pas signé la transaction » (Cass.12.02.1997 n° 680 P, R.J.S. 3/97 n° 278).
– **La violence :** « il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes » (art. 1112 du Code civil). Il y a « violence » s'il est prouvé que le salarié a été l'objet de pressions telles que probablement sans celles-ci il n'aurait pas signé. Tel est le cas de cette salariée sortie « manifestement traumatisée » de l'entretien (Cass. Soc. 28.10.1997 n° 94-44.916) ou celui de ce salarié qui a été l'objet d'un tel climat de pressions, que les juges ont retenu le viol du consentement et annulé la transaction (Cass. Soc. 08.05.1995 n° 93-41.699). Pour un autre exemple de violence vis-à-vis d'un gérant, également directeur commercial, la transaction a été déclarée nulle par la C.A. de Versailles le 24.10.1991, R.J.S. 1/92 n° 106.

8. Un consentement éclairé, l'obligation de renseignement par l'employeur. Un certain nombre d'arrêts ont condamné l'employeur à réparer le préjudice subi par le salarié ayant signé une transaction, au motif que la société n'avait pas exécuté de bonne foi son obligation de renseignement (Cass. Soc. 10.10.1996 n° 94-20.161 P + B).
Ces renseignements doivent être donnés de bonne foi. L'employeur est souvent condamné lorsqu'il a livré des renseignements qui s'avéreront erronés (exonération fiscale, montant de l'indemnisation ASSEDIC, oubli de préciser les délais de carence ou les différés d'indemnisation par l'ASSEDIC…). Certains confient cette mission, ainsi que la rédaction de la transaction, à un avocat. C'est celui-ci qui alors endosserait la responsabilité.

9. Elle doit comporter impérativement des concessions réciproques en particulier de la part de l'employeur. La Cour de cassation y veille et accentue les exigences à cet égard depuis l'arrêt du 19.12.1990 (R.J.S. 5/91 n° 575). Citons cet arrêt du 06.03.96 où a été prononcée la nullité d'une transaction au motif que « le paiement d'une indemnité globale et forfaitaire… stipulé par la transaction ne constituait pas une véritable concession de la part de l'employeur » (R.J.S. 6196 p. 411). Le simple fait de dispenser le salarié d'exécuter son préavis ne peut être considéré comme une concession suffisante (Cass. Soc. 18.05.1999 n° 96-44.628). La Cour de cassation impose désormais aux juges de vérifier l'existence de concessions réciproques, eu égard à l'ancienneté du salarié et à sa rémunération, et il faut que les concessions de l'employeur soit jugées « suffisantes » (Cass. Soc. 23.01.2001 n° 98-992 P + B). En l'absence de concessions suffisantes de l'employeur, la transaction est nulle (Cass. Soc. 28.11.2000 n° 98-43.635 P). Et à condition, qu'elle accorde un avantage que l'employeur n'avait pas l'obligation d'accorder. Par exemple, la mise en œuvre d'un accord collectif (plan de sauvegarde de l'emploi), dont les salariés tiennent leurs droits, ne peut être subordonnée à la

conclusion de contrats individuels transactionnels, car dans ce cas il n'y a aucune concession supplémentaire de l'employeur, (Cass. Soc. 05.04.2005 n° 04-44.626 P + B).

10. Elle ne peut avoir pour effet une renonciation par un salarié à un droit qu'il tient des dispositions d'ordre public ou de la Convention collective applicable, si ces droits ne sont pas encore nés. En effet, le Code du Travail (art. L.122-14-7) interdit de renoncer aux dispositions d'ordre public régissant la rupture du contrat de travail : « toute convention contraire est nulle de plein droit ». Une salariée femme de ménage avait par transaction renoncé à l'application de la convention des banques dont dépendait le Crédit Foncier ; cet acte fut purement annulé, au motif que « nul ne peut renoncer à un droit, et que toute disposition contraire est nulle de plein droit ». (Cass. Soc. 09.12.1998 n° 96-41.941, n° 5142 D). Tel est le cas également pour un salarié licencié pour motif économique à qui l'employeur demanderait de renoncer à sa priorité de réembauchage (Cass. Soc. 29.09.2000 n° 4745, R.J.S. 2/01 n° 195 et 08.06.2005 n° 03-42.419), ou en fin celui d'un salarié protégé qui renoncerait à sa protection en démissionnant de ses mandats, alors que la loi le protège encore 6 à 12 mois, selon les cas, après cette démission (Cass. Crim. 04.02.1992 n° 90-82.330, R.J.S. 10/92 n° 1129, Cass. Soc. 10.01.1995 n° 195 D, R.J.S. 2/95 n° 137). De plus, l'employeur peut alors être poursuivi pour délit d'entrave en raison de l'atteinte portée à la protection des représentants du personnel (Cass. Crim. 04.02.1992 n° 90-82.330 PF, R.J.S. 10/92 n° 1129, 02.12.1992 n° 4311 PF, R.J.S. 1/93 n° 53, Bull. civ. V n° 578).

11. Les sommes attribuées en « indemnité transactionnelle » ne peuvent réparer un préjudice financier, mais uniquement un préjudice moral. C'est à ce seul titre qu'elles sont exemptées de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu (I.R.P.P.). Le piège est fréquent, car souvent il est en pratique bien tenu compte du préjudice financier du salarié licencié. Simplement, il ne faut pas l'écrire dans l'acte transactionnel.

12. La forme R.A.R. de la notification de la rupture. Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassassion a déclaré nulles des transactions au motif qu'elles portaient la même date que la lettre de licenciement, lesquelles, remises en main propre au salarié contre décharge, n'avaient pas été notifiées dans les formes légales (Cass. Soc. 18.05.1999 n° 2268).
Ainsi, par un arrêt du 13.12.2000 n° 99-40.656, la Cour de cassation a annulé une transaction au motif que la lettre de licenciement portait la même date que la transaction ! Allant encore plus loin, par un arrêt du

25.04.2001 n° 1672, la Cour de cassation a entériné un jugement de la Cour d'Appel, qui avait décidé qu'une transaction signée le 17.10.1994 n'avait pas été valablement conclue, car la lettre de licenciement portait la mention « reçu en main propre le 11.04.1994 ». On ne saurait donc qu'être de plus en plus prudent sur la forme R.A.R.
Le cas fut définitivement tranché par la Cour de cassation qui, en un arrêt du 18.02.2003 P + B (R.J.S. 5/03 n° 604), a posé le principe qu'est nulle une transaction conclue en l'absence de notification préalable du licenciement par lettre R.A.R. C'est l'application stricte de l'article L. 122-14-1 du Code du Travail. Par contre, la nullité de la transaction ne peut être invoquée que par le salarié et non son employeur.
Une transaction non datée est également nulle, puisqu'on ne peut la situer dans le temps (Cour d'Appel de Versailles 24.01.2003 n° 00-3613).

E. L'EXIGENCE DE CONCESSIONS RÉCIPROQUES ET APPRÉCIABLES

La Cour de cassation, de façon constante depuis 1990, rappelle que « l'existence de concessions réciproques, qui conditionne – quelle que soit l'importance desdites concessions – la validité d'une transaction, doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte ».

Ceci suppose que l'accord transactionnel fasse ressortir :
– les concessions réciproques ;
– mais également les prétentions initiales des parties au moment de la signature de l'acte afin de conforter la réalité des concessions (Cass. Soc. 27.03.1996 n° 96-43.467).

Par exemple, il n'y a pas de concessions réciproques lorsque les indemnités versées au salarié en exécution d'une transaction :
– correspondent à ses droits (Cass. Soc. 06.12.1994, 18.02.1998 n° 859, R.J.S. 4/98 n° 457) ;
– ou sont dérisoires (Cass. Soc. 06.03.1996, ou Cass. Soc. 05.01.1994 n° 5 P, R.J.S. 2/94 n° 148 pour une indemnité jugée « dérisoire » de deux mois de salaire en contrepartie de l'acceptation d'une clause de non-concurrence, ou dans l'arrêt du 03.11.1998 n° 96-42.510 où la concession de l'employeur avait été de régler au salarié qu'une indemnité forfaitaire dérisoire de 996 F). Dans un cas où la concession de l'employeur n'avait consisté qu'à libérer le salarié de son préavis, sans même lui payer… (C.A. Aix 23.02.1993, R.J.S. 6/93 n° 695, ou Cass. Soc. 04.11.1993 n° 3519).

Par contre, il n'est pas nécessaire que les concessions soient d'importance égale.
Par un arrêt de principe du 13.10.1999 (pourvoi n° 97-42.027, arrêt 3511 P), la Cour de cassation précise sa position en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges qui avait refusé l'annulation d'une transaction d'un directeur d'agence licencié par une lettre portant la mention manuscrite « reçu en mains propres » et qui avait signé le même jour une transaction égale à trois mois de salaire. La Cour d'appel a considéré que le fait pour l'employeur de ne pas invoquer les fautes graves du salarié dans la lettre de licenciement pouvait être considéré comme une concession suffisante.
Mais la Haute Cour a jugé ainsi :
« Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que :

– d'une part, à défaut de motivation dans la lettre de rupture, le licenciement était sans cause réelle et sérieuse,
– et alors que, d'autre part, l'indemnité transactionnelle était inférieure à l'indemnité minimale de six mois de salaire prévue par l'article L. 122.14.4 du C.T. ».

Il résultait que la transaction était nulle, faute de concession de l'employeur…
L'employeur a pris un risque audacieux en faisant confiance à la signature d'un salarié ayant commis des fautes graves et qui par sa transaction renonçait à tout recours. La non-énonciation de motifs suffisants dans une lettre de licenciement équivalant à l'absence de motifs, ceci emporte l'illégitimité du licenciement comme l'a décidé à de multiples reprises la Cour de cassation (Cass. Soc. 02.12.1997 n° 95-42.008, 05.10.1999 n° 95-42.500), même si la lettre de licenciement fait référence aux motifs invoqués dans la lettre de convocation à l'entretien préalable (Cass. Soc. 27.12.1998 JSL n° 27-2, 05.01.1999).
Dans plusieurs affaires l'employeur avait invoqué la faute grave, probablement pour éviter le paiement des 2 à 12 mois de l'indemnité Delalande et le préavis soumis aux charges sociales, mais la justifiant par la seule insuffisance des résultats. Or si ce motif peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, en aucune façon il ne peut être qualifié de faute grave privative du préavis et de l'indemnité de licenciement. Les transactions sont alors systématiquement annulées (Cass. Soc. 15.12.1993 P + B n° 1623, R.J.S. 5/99 n° 662, 23.01.2001 P + B, n° 248 R.J.S. 4/01).
Par contre, si le juge peut annuler une transaction, il n'a pas le pouvoir de substituer sa propre appréciation à celle des parties ; « le juge ne dispose pas à l'égard de la transaction de ce que l'on pourrait appeler un pouvoir de révision ».

F. LES 4 CONDITIONS RELATIVES À OBSERVER POUR SIGNER UNE TRANSACTION SÛRE

1. Bien scinder et distinguer :

– l'accord portant sur des sommes soumises aux charges sociales ;
– le montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement ;
– le montant, qualifié « d'indemnité transactionnelle forfaitaire et définitive » présumée réparer un préjudice uniquement moral.

2. La transaction ne règle que les différends qui s'y trouvent compris

Selon l'article 2049 du Code civil « Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris… » Elle n'a donc l'autorité de la chose jugée entre les parties que « dans les limites de la contestation à laquelle elle a mis fin ou qu'elle a empêchée » (Cass. Soc. 30.01.96, R.J.S. 3/96 n° 277).
Dès lors, une transaction signée ne portant que sur des demandes de salaires et accessoires pour une période de deux ans n'empêche pas le salarié de réclamer ultérieurement à la signature de la transaction un rappel de rémunérations antérieures aux deux ans (Cass. Soc. 30.01.1996, R.J.S. 3/96 n° 277).
« Une transaction doit faire mention expresse des clauses contractuelles auxquelles telle ou telle partie renoncerait » (Cass. Soc. 30.01.1996, R.J.S. 3/96 n° 278), (Cass. Soc. 12.10.1999 n° 96-43.020, n° 3549 P). Dans de très nombreux arrêts il a été jugé que si l'acte transactionnel ne faisait pas mention d'une renonciation ou d'une limitation quelconque à la clause de non-concurrence contractuelle, celle-ci devra s'appliquer intégralement pour l'une ou l'autre partie. Si la transaction ne mentionne pas expressément la renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, les juges doivent estimer qu'elle n'entre pas dans l'objet de la transaction. Dès lors, l'employeur est condamné à régler l'indemnité de non-concurrence contractuellement due (Cass. Soc. 05.04.2006 n° 03-47.802 n° 952).
Un chauffeur signe avec son employeur une transaction mettant fin à une contestation relative aux heures supplémentaires et aux repos compensateurs non rémunérés. La renonciation à tous recours qu'il a signée ne met fin qu'au litige sur les heures supplémentaires et les repos compensateurs, et les Prud'hommes peuvent parfaitement condamner l'employeur à lui verser d'autres créances de nature salariale (Cass. Soc. 13.05.2003 n° 01-42.826).

3. La transaction ne peut porter que sur des droits nés à la date de la rupture

Par exemple, elle n'est pas de nature à priver un salarié licencié pour motif économique – ou ayant adhéré à une convention de conversion – de la

priorité de réembauchage dont il bénéficie pendant un an. (Cour d'appel Dijon 09.06.1993, R.J.S. 8/94 n° 1100, Cass.Soc. 14.05.1997 n° 2067, n° 94-44.690 R.J.S. 10/97 n° 1091).

4. Veiller au classement des pièces

Veiller à définir où seront prudemment classées les pièces ayant servi au calcul de la transaction.

- Dans le dossier individuel ou un dossier spécifique sont classés les éléments officiels de rupture du contrat et la transaction, ce dossier pouvant être produit lors de contrôles ultérieurs (URSSAF, fisc…)
- Ailleurs (et pas n'importe où), les éléments de négociation ayant servi à définir les concessions réciproques. Ces pièces souvent abondantes, et parfois compromettantes, ne servent à rien dans le dossier, une fois la transaction signée. C'est un jeu d'enfant pour un contrôleur URSSAF de demander ce dossier non expurgé ; son redressement est alors facile, et si l'employeur rechignait, il craindrait en plus le pénal.



MODÈLE OU CANEVAS TYPE DE CONVENTION TRANSACTIONNELLE

Le plus grand danger est, pour un employeur, de rédiger ses transactions avec toujours le même modèle : c'est le plus sûr moyen de se tromper et de se faire redresser.
Mais toutefois, tentons de conseiller un canevas type.
Il est toujours conseillé, après rédaction d'un projet de transaction et avant signature, de vérifier le respect des 12 conditions nécessaires et de s'assurer du respect des 5 conditions relatives ci-dessus rappelées.
- En gras : formules constantes.
- Entre parenthèses : formules facultatives.
- En italique : commentaires.

L'entreprise, ou l'avocat, a intérêt à conserver verrouillé un modèle type, s'inspirant du canevas ci-après, et à l'utiliser par un « copier-coller », plutôt que reprendre le modèle d'une précédente transaction, source de toutes les erreurs les plus grossières.

Modèle type de convention transactionnelle à adapter à chaque cas

« Entre les soussignés :

- **d'une part M……… demeurant : ……………….. ; (*éventuellement* : représenté par Maître X ou M. Y Délégué du personnel ou syndical qui a reçu un mandat en bonne et due forme annexé au présent acte) ;**
- **d'autre part la Société : ………….. au capital de …………. euros, dont l'établissement est sis à : …………, représentée par M…....………………..**
  ci-après dénommée « La Société » ;

Il a été préalablement exposé ce qui suit.

Article 1. RAPPEL DE FAITS

L'ancienneté (*dans le Groupe*) de M………… remonte au : ………. (*y compris la reprise éventuelle d'une ancienneté lors de l'engagement*).
La transaction suppose qu'apparaissent clairement tous les éléments de la contestation tant du côté employeur que du côté salarié. Ne pas trop détailler ou polémiquer, toutefois.

La Société a donc dû envisager de rompre le contrat de M………….. et l'a convoqué par lettre datée du……… à un entretien préalable qui s'est tenu le …..........
Elle a confirmé son licenciement par lettre R.A.R. datée du : ….....................

Article 2. CONTESTATION DU LICENCIEMENT

M………… a contesté le bien fondé et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués pour ce licenciement, et a signifié clairement son intention de soumettre son dossier à la juridiction prud'homale compétente (ou a saisi le Conseil des Prud'hommes de… en date du…, ou encore : a mandaté son avocat Maître X du barreau du département…), faisant valoir notamment :

- **le préjudice moral que cette rupture lui faisait subir ;**
- **le discrédit de nature à entacher sa réputation professionnelle ;**
- **le discrédit de nature à nuire à sa réinsertion professionnelle ;**
- **les troubles dans ses conditions d'existence, que cette rupture va inévitablement entraîner…**

Selon les cas, ajouter : d'autres préjudices (mais uniquement moraux), et d'autres précisions majorant le préjudice tel que : âge, situation de famille, personnes à charge, conjoint ne travaillant pas, handicapé dans la famille, étroitesse de la profession ou du métier, brutalité et côté vexatoire de la rupture…

Il a rappelé les éléments sur lesquels il se fondait, et chiffré à …… euros, (*ou à x mois*), **le montant de la réparation du préjudice qu'il exigeait** *(éventuellement, mentionner d'autres demandes, telles une prise en charge des frais d'un out-placement, la non-exécution du préavis, des sommes soumises aux cotisations sociales demandées…)*

La Société quant à elle lui a signifié qu'elle entendait se limiter à : ………. euros (*ou variante* : « aux dispositions de la Convention collective »).

Afin d'éviter une fâcheuse procédure, et sans pour autant renoncer à leurs positions respectives,

– après de longues discussions et transactions,

– *Eventuellement* : « et avec l'appui et les conseils de Maître… Avocat au barreau du département n° … » *ou*
(« et avec l'appui de M …… Délégué……….. »)

– et au prix de concessions réciproques,

les parties se sont rapprochées et sont convenues de ce qui suit dans le cadre des articles 2044/2052 du Code civil.

Article 3. CONCESSIONS RÉCIPROQUES

Penser à préavis, heures pour recherche d'emploi, heures supplémentaires, congés payés, clause de non-concurrence, primes, gratifications, commissions, bonus, intéressement,…

Parfois, l'employeur renonce aussi à tout recours envers le salarié (par exemple, ne pas porter plainte).

Les parties conviennent de faire leur affaire personnelle des enquêtes qui pourraient être diligentées par les organismes sociaux ou le fisc, et des éventuels redressements qui seraient décidés, et s'engagent réciproquement à observer la plus totale discrétion sur la teneur du présent acte et les montants cités, sauf naturellement réponse à toute demande qui émanerait des autorités habilitées (fisc, URSSAF, ASSEDIC, etc.).

Article 4. CONCESSIONS DE LA SOCIÉTÉ

Il convient de lister tous les points pouvant être considérés comme des concessions de la Société. Texte à adapter à chaque cas.

31. Préavis et heures pour recherche d'emploi.

32. Primes, gratifications, commissions, bonus…

33. Droit à congés payés (année dernière, année en cours), solde du compte épargne-temps, droits à repos compensateurs non pris ou à repos R.T.T. non pris ou à d'éventuelles heures supplémentaires demandées.

34. Véhicule (achat ou utilisation jusqu'au…), assurance (couverture jusqu'au…), frais durant le préavis (carte de crédit, bons essence…).

35. Autres remboursements de frais.

36. Autres assurances (vie, retraite par capitalisation…).

37. Autres avantages en nature (logement, repas…).

38. Clause de non-concurrence *(y renoncer totalement ou partiellement, ou en insérer une). « Cette renonciation doit résulter d'une volonté expresse et non-équivoque et ne saurait être tacite » (C. Appel de Versailles 12.01.94, R.J.S. 6/96 p. 414).*

39. Autres formes de concessions de l'employeur :

– Formation à prendre en charge.

– Frais d'out-placement.

– Aide à la création d'entreprise.

– Aide à la réinsertion.

– Abandon du remboursement d'un prêt consenti.
– Offre d'un nouvel emploi dans le Groupe.
– Droits à participation ou intéressement.
– Prise en charge des frais d'un déménagement éventuel en cas de reprise d'un travail dans l'année, impliquant un changement de résidence…

En conséquence, la Société versera avec son dernier bulletin de salaire à M…… les sommes suivantes, sous déduction des charges sociales, de la C.S.G. et de la C.R.D.S. selon les règles et taux en vigueur lors du versement :

– Appointements ou salaire du dernier mois : ....
– Indemnité de préavis non effectué : ....
– Indemnité de congés payés non pris : ....
– Indemnité de repos compensateurs non pris..
– Heures supplémentaires non prises...
– Indemnité compensatrice de repos R.T.T. non pris ....
– Solde du compte épargne-temps..
– Primes, gratifications, commissions, bonus : ....

Au titre de la réparation du préjudice de la perte involontaire d'emploi, la Société versera à l'intéressé :
– L'indemnité de licenciement conventionnelle sans C.S.G. ou C.R.D.S.
– Une indemnité transactionnelle globale et définitive, après déduction de la C.S.G. et de la C.R.D.S.* à la charge du salarié....................................

Article 5. CONCESSIONS DE M……………….

(Préavis. Passage de consignes ou dossiers en cours. Poursuite de certaines missions. Autres…)

Le salarié s'engage à respecter son obligation de loyauté, et en particulier de ne pas, directement ou indirectement, débaucher des salariés de la société, divulguer des informations confidentielles, et plus généralement de s'abstenir de tout comportement susceptible de nuire à la Société.

Renonciation à tous recours. Moyennant le paiement de l'indemnité transactionnelle précitée, et l'exécution par la société des conditions prévues ci-dessus, M ………………

– déclare être rempli de tous ses droits au titre du fonctionnement de son contrat de travail, et de la liquidation de la situation consécutive à la résiliation dudit contrat ;
– déclare que la présente transaction, sous réserve que les engagements de la société soient réellement respectés, règle définitivement tous les litiges relatifs aux rapports ayant existé entre les parties et notamment au titre de l'exécution et de la résiliation du contrat de travail et aux sommes de toutes sortes en résultant ;

---

* (Variante : qui seront prises en charge par la société).

– **reconnaît n'avoir plus aucune demande à formuler vis-à-vis de la Société (et de tout autre Société du Groupe), pour quelque cause et à quelque titre que ce soit,**
– **et reconnaît d'autre part, depuis que le premier projet et la présente transaction lui ont été proposés (*éventuellement :* avec l'appui de son avocat), avoir disposé de l'observation d'un délai de réflexion suffisant pour avoir pu en toute connaissance de cause apprécier l'étendue de ses droits et obligations en fonction de quoi a été convenue la présente transaction.**

Celle-ci a donc le caractère d'une transaction définitive et sans réserve régie par les articles 2044 à 2052 du Code civil, s'opposant à toute nouvelle réclamation susceptible de découler de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail, de la part de M.................

Aux effets ci-dessus :
– **renonce pour lui-même, et ses ayants droit en application de l'article 1121 du Code civil, à toutes prétentions et à toutes indemnités, et à tout recours envers la Société** (et n'importe quelle autre Société du Groupe, tant en France qu'à l'étranger), **pour quelque raison que ce soit ;**
– **déclare se désister en tant que de besoin de toute action ou instance qu'il pourrait engager ou avoir engagée à l'encontre de la Société** (ou de toute autre Société du Groupe), **devant tout organisme ou juridiction ;**
– **reconnaît avoir été informé des délais de carence ou des différés d'indemnisation actuellement prévus par le régime d'assurance chômage.**

(Eventuellement, en cas de licenciement pour motif économique : « Par ailleurs, s'engage à s'opposer dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle une organisation syndicale lui aurait notifié son intention d'ester en justice en application de l'article L. 321-15 du Code du Travail. »)

Etablie en deux exemplaires le :

Pour la Société

Le salarié :
Mention manuscrite :
« lu et approuvé.
Bon pour transaction irrévocable et désistement de tous droits, instances et actions. Bon pour renonciation à tout recours ».

Signature **Signature**

H. LES INDEMNITÉS DE RUPTURE ET LES COTISATIONS SOCIALES

Depuis l'article 2bis de la loi de Finance 2000 et l'article 2 de la loi de financement de la Sécurité sociale, qui en est le pendant, il y a désormais des cotisations de Sécurité sociale dues sur certaines indemnités de rupture (en plus de la C.S.G. et de la C.R.D.S. qui l'étaient déjà).
Cette mesure ne vise en fait que les indemnités transactionnelles très importantes.

Restent non soumises aux cotisations sociales :

– les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, dans la limite prévue par la loi ou la Convention collective applicable ;
– les indemnités de départ volontaire à la retraite dans la limite de 3 050 € (C.G.I. art. 81, 22°) ;
– les indemnités de départ volontaire versées dans le cadre d'un plan social (art. L.321-4 et L. 321-4.1 du C.T.) ;
– les indemnités versées en cas d'inobservation de la procédure de licenciement (art. L.122-14.4 du C.T.) ;
– les indemnités versées en cas d'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement (art. L.122-14.4 du C.T.).

Le total des indemnités de rupture (indemnité de licenciement + indemnité transactionnelle), qui dépasserait le minimum légal ou conventionnel, est dépuis 2006 soumis dans les conditions suivantes, l'employeur pouvant opter pour celle des deux solutions ci-dessous qui est la plus avantageuse pour lui :

– exonération des cotisations sociales sur 50 % de la somme des indemnités de licenciement + transactionnelle perçues (et donc assujettissement des cotisations sociales sur les autres 50 %) ;
– ou exonération du double de la rémunération brute perçue par le salarié au cours de l'année civile ayant précédé la rupture du contrat de travail (base D.A.D.S. n° 1).

En tout état de cause, les sommes perçues au-delà de 6 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale (2 859 x 6 x 12 = 205 848 € en 2009), seront assujetties à cotisations sociales pour la fraction qui excède ce montant.
En matière de mise à la retraite, cette limite est plafonnée à 5 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale (171.540 € en 2009).
À partir de 2009, le montant total des indemnités de départ des dirigeants et mandataires sociaux (parachutes dorés), dépassant 30 fois le plafond

annuel de la Sécurité sociale (1.029.240 €), est intégalement soumis aux cotisations sociales et à la C.S.G./C.R.D.S.), (loi de financement de la S.S. pour 2009, article 14).
Les personnes visées sont les dirigeants et les mandataires sociaux :
– dans les S.A., les Présidents du Conseil d'administration, directeurs généraux, administrateurs provisoirement délégués, membres du Directoire, administrateur ou membre du Conseil de surveillance chargés de fonctions sociales ;
– dans les SARL, les gérants minoritaires ;
– dans les autres entreprises ou établissements passibles de l'impôt sur les sociétés, les dirigeants soumis au régime fiscal des salariés.

La loi précise que pour ces personnes qui cumulent un mandat social et un contrat de travail, il est fait masse des indemnités liées à la rupture du contrat de travail et de celles liées à la cessation forcée du ou des mandats sociaux, (art. L. 242-1 du Code de la S.S.).

Art. L. 242-1, al. 2 du Code de la Sécurité sociale applicable depuis 2009 :
« Pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire. La compensation salariale d'une perte de rémunération induite par une mesure de réduction du temps de travail est également considérée comme une rémunération, qu'elle prenne la forme, notamment, d'un complément différentiel de salaire ou d'une hausse du taux de salaire horaire.

Lorsque le bénéficiaire d'une option accordée dans les conditions prévues aux articles L. 225-177 à L. 225-186 du Code de commerce ne remplit pas les conditions prévus au I de l'article 163 bis C du Code Général des Impôts est considéré comme une rémunération le montant déterminé conformément au II du même article. Toutefois l'avantage correspondant à la différence définie au II de l'article 80 bis du CGI est considéré comme une rémunération lors de la levée de l'option. (Il s'agit des plans d'option sur actions).

Il ne peut être opéré sur la rémunération ou le gain des intéressés servant au calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail

et des allocations familiales, de déduction au titre de frais professionnels que dans les conditions et limites fixées par arrêté interministériel. Il ne pourra également être procédé à des déductions au titre de frais d'atelier que dans les conditions et limites fixées par arrêté ministériel.

Ne seront pas comprises dans la rémunération les prestations de Sécurité sociale versées par l'entremise de l'employeur.

Sont exclues de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa les contributions mises à la charge des employeurs en application d'une disposition législative ou réglementaire ou d'un accord national interprofessionnel mentionné à l'article L. 921-4 destinées au financement des régimes de retraite complémentaire mentionnés au chapitre Ier du titre II du livre IX ou versées en couverture d'engagements de retraite complémentaire souscrits antérieurement à l'adhésion des employeurs aux institutions mettant en œuvre les régimes institués en application de l'article L. 921-4 et dues au titre de la part patronale en application des textes régissant ces couvertures d'engagements de retraite complémentaire.

Sont exclues de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance versées par les organismes régis par les titres III et IV du livre IX du présent code ou le livre II du code de la mutualité, par des entreprises régies par le code des assurances ainsi que par les institutions mentionnées à l'article 370-1 du Code des assurances et proposant des contrats mentionné à l'article L. 143-1 dudit code, à la section 9 du chapitre II du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale ou au chapitre II bis du titre II du livre II du code de la mutualité, lorsqu'elles revêtent un caractère collectif et obligatoire déterminé dans le cadre d'une des procédures mentionnées à l'article L. 911-1 du présent code :

1° Dans des limites fixées par décret, pour les contributions au financement d'opérations de retraite déterminées par décret ; l'abondement de l'employeur à un plan d'épargne pour la retraite collectif (c'est le PERCO), exonéré aux termes du 2ème alinéa de l'article L. 443-8 du Code du Travail est pris en compte pour l'application de ces limites ;

2° Dans des limites fixées par décret, pour les contributions au financement de prestations complémentaires de prévoyance, à condition, lorsque ces contributions financent des garanties portant sur le remboursement ou l'indemnisation de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, que ces garanties ne couvrent pas la participation men-

tionnée au II de l'article L. 322-2 ou la franchise annuelle prévue au III du même article.

Toutefois, les dispositions des trois alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque lesdites contributions se substituent à d'autres éléments de rémunération au sens du présent article, à moins qu'un délai de douze mois ne se soit écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et le premier versement desdites contributions.

Les personnes visées au 20° de l'article L. 311-3 qui procèdent par achat et revente de produits ou de services sont tenues de communiquer le pourcentage de leur marge bénéficiaire à l'entreprise avec laquelle elles sont liées.

Sont également pris en compte, dans les condition prévues à l'article L. 242-11, les revenus tirés de la location de tout ou partie d'un fonds de commerce, d'un établissement artisanal, ou d'un établissement commercial ou industriel muni du mobilier ou du matériel nécessaire à son exploitation, que la location, dans ce dernier cas, comprenne ou non tout ou partie des éléments incorporels du fonds de commerce ou d'industrie, lorsque ces revenus sont perçus par une personne qui réalise des actes de commerce au titre de l'entreprise louée ou y exerce une activité.

Sont aussi prises en compte les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur ou à l'occasion de la cessation forcée des fonctions des mandataires sociaux, dirigeants et personnes visées à l'article 80 ter du CGI, ainsi que les indemnités versées à l'occasion de la rupture conventionnelle du contrat de travail, au sens de l'article L. 237-13 du Code du Travail, et les indemnités de départ volontaire versées aux salariés dans le cadre d'un accord collectif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, à hauteur de la fraction de ces indemnités qui est assujettie à l'impôt sur le revenu en application de l'article 80 duodecies du même code. Toutefois, les indemnités d'un montant supérieur à trente fois le plafond annuel défini par l'article L. 241-3 du présent code sont intégralement assimilées à des rémunérations pour le calcul des cotisations visées au premier alinéa du présent article. Pour l'application du présent alinéa, il est fait masse des indemnités liées à la rupture du contrat de travail et de celles liées à la cessation forcée des fonctions.

Les attributions gratuites d'actions effectuées conformément aux dispositions des articles L. 225-197-1 à 3 du code du commerce dans les condi-

tions mentionnées au I de l'article 80 quaterdecies du CGI et si l'employeur notifie à son organisme de recouvrement l'identité de ses salariés ou mandataires sociaux auxquels des actions gratuites ont été attribuées définitivement au cours de l'année civile précédente, ainsi que le nombre et la valeur des actions attribuées à chacun d'entre eux. À défaut, l'employeur est tenu au paiement de la totalité des cotisations sociales, y compris pour leur part salariale.

Les dispositions de l'avant-dernier alinéa sont également applicables lorsque l'attribution est effectuée, dans les mêmes conditions, par une société dont le siège est situé à l'étranger et qui est mère ou filiale de l'entreprise dans laquelle l'attributaire exerce son activité.

Les dispositions des deux alinéas précédents ne donnent pas lieu à application de l'article L. 131-7. »
(Ce sont des mesures de réduction ou d'exonération de cotisations de Sécurité sociale).

Bref, il y a assujettissement si le total des indemnités de rupture (de licenciement et transactionnelle) dépasse 6 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale.
Pour ces « hautes transactions », qu'elles visent des salariés ou des mandataires sociaux, l'entreprise n'a d'autre choix que de passer par un avocat très spécialisé, si elle veut échapper aux cotisations sociales, et l'intéressé aux impôts.
Le cas des mandataires sociaux se traitant de façon très particulière par de vrais spécialistes, (il y en a une dizaine en France).
La C.S.G. et la C.R.D.S. sont dues sur les sommes dépassant le montant de l'indemnité de licenciement (indemnité légale ou indemnité conventionnelle si elle est plus favorable), même en cas de faute grave du salarié. (Cass. Soc. 26.06.2008 n° 06-46-204 P).

I. LES TRANSACTIONS ET L'ASSEDIC

Le droit aux allocations ASSEDIC

En elle-même la transaction n'ouvre aucunement le droit aux allocations de l'ASSEDIC. En effet, c'est la lettre de licenciement qui a cet effet ; la transaction ne fait que la suivre.
Les ASSEDIC vérifient les conditions ayant abouti à un protocole transactionnel :
– s'il apparaît que la rupture est imputable à l'employeur, le salarié bénéficiera des allocations ASSEDIC ;

– s'il apparaît qu'en fait, la rupture est imputable au salarié, il risque le « refus d'admission » au bénéfice des prestations du régime d'assurance chômage (Sauf démission pour motif légitime).

Les délais de carence différés d'indemnisation

– Différé d'indemnisation de 7 jours comme pour tous les licenciements
+ Différé d'indemnisation C.P. correspondant aux indemnités compensatrices de congés payés et de jours R.T.T. non pris = 7/6e du nombre de jours de C.P. et jours R.T.T. (les indemnités ASSEDIC étant versées en jours calendaires) ;
+ Délai d'attente maximum de 75 jours.

Depuis le 01.01.1997, il y a une carence dans le versement des allocations ASSEDIC, c'est-à-dire une période où l'ex-salarié est bien inscrit et protégé par l'ASSEDIC, il gagne ses trimestres S.S. gratuitement, mais n'est pas encore indemnisé par le versement des allocations.
Depuis le 01.07.2002, l'article 30-2 al. 2 du règlement UNEDIC est désormais rédigé comme suit :
« Ce délai de carence comprend un nombre de jours égal au nombre entier obtenu en divisant :
– le montant total de ces indemnités et sommes versées à l'occasion de la fin du contrat de travail,
– diminué du montant éventuel de celles-ci résultant directement de l'application d'une disposition législative,
– par le salaire journalier de référence » (celui servant au calcul des allocations ASSEDIC).

Nombre de jours de carence = Somme (IL + IT) – IL X 1/SJR

IL = Indemnité de licenciement
IT = Indemnité transactionnelle
ILL = Indemnité Légale de Licenciement
SJR = Salaire Journalier de Référence de l'ASSEDIC

Toutefois ce délai de carence ne peut dépasser 75 jours. Ceci fait qu'en pratique lorsqu'une transaction est conclue, il y a presque toujours 75 jours de carence s'ajoutant aux sept jours pour tout licenciement et au délai de carence congés payés et jours R.T.T. (Réduction du Temps de Travail). On est souvent au-delà de quatre mois.

L'information obligatoire de l'ASSEDIC

Nous rappelons que toute transaction conclue avec un salarié, y compris

bien après le départ du salarié et donc la remise de son attestation ASSEDIC, doit donner lieu à une information de l'ASSEDIC. Cette obligation porte aussi bien sur l'employeur que sur le salarié.
Si les parties « oubliaient » de signaler la transaction, ou la taisaient volontairement, elles pourraient encourir les sanctions d'escroquerie prévues par l'article L. 5124-1 du C.T. : « est passible d'un emprisonnement de 2 mois et d'une amende de 3 810 € ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque se rend coupable de fraude ou de fausse déclaration, pour obtenir ou tenter de faire obtenir des allocations… qui ne sont pas dues. Le Tribunal pourra en outre ordonner la restitution des sommes indûment perçues ».

J. LES TRANSACTIONS, LE FISC ET L'URSSAF

Il convient que la nature des dommages et intérêts, réparant le seul préjudice moral, et non financier, ne fasse aucun doute aux yeux des contrôleurs de l'URSSAF, du fisc, et des juges.
Rappelons que lors de la liquidation du compte, toutes les sommes ayant le caractère d'un salaire sont soumises à cotisations sociales (Code de la S.S. art. L. 242-1). Outre les rémunérations des mois du préavis, prorata des gratifications annuelles ou autres primes de vacances, ceci concerne l'indemnité de préavis non effectué, les droits à congés payés et jours de R.T.T., l'indemnité de fin de C.D.D., l'avantage en nature, etc.
Ne sont pas soumises les sommes représentatives de frais ou de réparation de préjudice de la perte de l'emploi, comme l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et l'indemnité transactionnelle. Mais pour celle-ci, les contrôleurs vérifient toujours si elles n'englobent pas des sommes qui auraient dû être soumises à cotisations.
D'ailleurs, dès que l'indemnité transactionnelle dépasse de six mois au moins l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'URSSAF demande à ses contrôleurs d'examiner les dossiers avec grand soin (Circ. min. 15.07.1987).
Depuis l'article 2 bis de la loi de Finance 2000 et l'article 2 de la loi de financement de la Sécurité sociale, qui en est le pendant, il y a désormais des cotisations de Sécurité sociale dues sur certaines indemnités de rupture (en plus de la C.S.G. et de la C.R.D.S. qui étaient déjà dues).
Cette mesure ne vise en fait que les indemnités transactionnelles très importantes.
Dès lors, la somme du total des indemnités réparatrices d'un préjudice, versées lors du départ transactionnel : l'indemnité conventionnelle de licen-

ciement + un supplément d'indemnité contractuel ou bénévole + l'indemnité transactionnelle…) n'est exonérée que dans la limite du plus élevé des trois montants suivants :

a) le double de la rémunération annuelle perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant celle de la rupture de son contrat de travail (et non des douze derniers mois), en pratique on se réfèrera à la D.A.D.S. ;
b) la moitié du total des indemnités perçues ;
c) en tout état de cause, les sommes perçues au-delà de 6 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale (205.848 € en 2009), seront assujetties à cotisations sociales pour la fraction qui excède ce montant, (art. 885 du C.G.I.).

Au-delà du plus élevé de ces trois montants, les sommes sont soumises à l'I.R.P.P., aux charges et à la C.S.G. et à la C.R.D.S. l'indemnité conventionnelle de licenciement.
Lorsque l'on dépasse ces sommes, dans la presque totalité des cas le salarié sera imposé sur la tranche marginale la plus élevée de son Impôt sur le Revenu, soit 40 % pour les revenus de 2006.
Notons aussi que les charges sociales prélevées sur les revenus du salarié (C.S.G. et C.R.D.S.) sont alors inférieures d'environ 8 %, mais que celles subies par l'employeur dépassent 25 % ou 30 % (charges déplafonnées).
D'où l'intérêt d'éviter charges sociales et surtout I.R.P.P., mais là, c'est vraiment affaire de spécialiste, et rien ne peut être écrit dans un ouvrage !
Naturellement, lorsqu'un salarié, souvent un cadre, perçoit des indemnités de rupture de différentes sociétés d'un même groupe qui l'employaient, il convient d'appliquer ces règles sur la totalité des indemnités perçues dans le groupe de sociétés.
Si le versement de ces indemnités s'opère sur deux années civiles successives, (par exemple une partie de 150 000 € versée à la fin de l'année « n » et une partie de 150 000 € au début de l'année « n + 1 »), les limites précitées s'apprécient en totalisant l'ensemble des versements (en l'occurence 6 fois le plafond de la S.S.).

Pour ces « hautes transactions », qu'elles visent des salariés ou des mandataires sociaux, l'entreprise n'a d'autre choix que de passer par un avocat très spécialisé, (et nous sommes très peu), si elle veut échapper aux cotisations sociales, et l'intéressé aux impôts.

Dans le cas où une transaction serait signée après une faute grave ou lourde, l'indemnité transactionnelle destinée à éviter ou arrêter tout contentieux est exonérée de cotisations sociales dans les limites précitées. L'indemnité transactionnelle après un licenciement pour faute grave n'est exclu de la

C.S.G. et de la C.R.D.S. que dans la limite du montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement (Cass. Soc. 19.04.2005 n° 621 P + B).

K. LA TRANSACTION ET LES PRUD'HOMMES

Le délai de prescription pour demander la nullité d'une transaction est de cinq ans (Cass. Soc. 28.01.2004 n° 313-31).
La compétence relève bien du juge prud'homal, tant pour tenter de faire annuler que pour attaquer l'employeur n'ayant pas respecté ses engagements. Mais le juge ne doit pas se transformer en juge d'appel sur le fond, sur une décision prise par les parties. Naturellement sauf en cas de dol ou de violence.
Les juges de Cassation ont censuré une Cour d'appel au motif que les faits ne justifiaient pas un licenciement (Cass. Soc. 24.02.2004 n° 01-46.897).
Rappelons que l'appel ne peut être adressé autrement que par lettre R.A.R., et non par téléfax ou courrier simple (Cass. Soc. 17.02.2004 n° 01-44.244).

L. LES TRANSACTIONS ET LES SALARIÉS PROTÉGÉS

Une transaction signée avec un salarié protégé, avant l'autorisation administrative de licenciement, c'est-à-dire avant l'autorisation de l'Inspecteur du Travail, est strictement interdite, elle est atteinte d'une « nullité absolue d'ordre public ». (Cass. Soc. 16.05.2005 n° 03/45.293 P + B).
En pratique, comme la seule solution, (sauf en cas de faute très grave, et encore…) pour obtenir l'autorisation administrative, est qu'un accord soit intervenu entre le salarié protégé et son employeur, il faut bien que cet accord soit intervenu avant la demande administrative de licenciement. Car on ne voit pas où serait la confiance des deux côtés sur une promesse purement orale !

Solutions :
- soit un échange de correspondance entre les avocats des deux parties scelle cet accord, il est exécutable dans ce cas, car subordonné à l'autorisation administrative. Aucune des deux parties n'a cet acte signé pourtant par les deux, qui est sous séquestre chez les deux avocats ;
- soit, la Société écrit son accord très confidentiel à l'Avocat du salarié dans les mêmes formes.

Ceci est d'autant plus réel, que tous les syndicats le savent, ainsi que les Inspecteurs du travail, qui n'hésitent pas à appeler un des deux avocats

pour vérifier l'accord, si le salarié est bien d'accord, et si la compensation est suffisante. On peut même constater qu'il y a un prix, que les spécialistes et les syndicats connaissent !

M. LE CAS DES HAUTES TRANSACTIONS ET DES DIRIGEANTS ET MANDATAIRES SOCIAUX

Si le mandataire social cumule le mandat et un contrat de travail, en cas de rupture abusive il peut :
- tenter d'obtenir devant le Conseil des Prud'hommes compétent la réparation du préjudice d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- et devant le Tribunal de Grande Instance, la réparation du préjudice d'une cessation forcée de son mandat social.

S'agissant de la cessation forcée des fonctions de Dirigeant ou de mandataire social, (la démission forcée), la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2006, a abaissé considérablement la limite maximale d'exonération des charges sociales et de l'Impôt sur le Revenu des Personnes Physiques (I.R.P.P.), à :
- 6 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale s'il s'agit d'indemnité de révocation du mandat (205.848 € en 2009) ;
- Et 5 fois ce plafond s'il s'agit d'une mise à la retraite du Dirigeant, mandataire social (171.540 € en 2009).

L'administration précise que ces nouvelles dispositions sont applicables aux indemnités versées à l'occasion de la révocation de dirigeants ou de mandataires sociaux, décidée par les organes compétents.
Cette exonération porte sur les charges sociales, l'I.R.P.P., mais également sur la C.S.G. et la C.R.D.S. dans la limite de :
- 50 % du montant de l'indemnité versée, ou 2 fois le montant de la rémunération annuelle brute réellement perçue par le mandataire au cours de l'année civile (n – 1) précédant sa révocation ou sa mise à la retraite (retenir le montant le plus élevé) ;
- Mais dans la limite de 6 plafonds S.S. en cas de révocation, (ou de 5 plafonds en cas de départ à la retraite).

En cas de cessation volontaire des fonctions ou de démission volontaire du mandat, les indemnités versées sont considérées comme des éléments de rémunérations. Elles sont donc assujetties aux cotisations sociales et, après l'abattement traditionnel d'assiette de 3 %, à la C.S.G. et à la C.R.D.S. (Code S.S. art. L. 242-1, al. 1 et L. 136-2 II-5 bis).

Pratiquement, il y a une autre méthode fort discrète et beaucoup plus économique, et nous ne pouvons que conseiller de consulter un avocat très spécialisé, (nous sommes une dizaine en France).

N. LES PRINCIPAUX TEXTES DE LOI

Code civil

Art. 6. On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Art. 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une transaction :
- le consentement de la partie qui s'oblige ;
- sa capacité à contracter ;
- un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
- une cause licite dans l'obligation.

Art. 1109. Il n'y a pas de consentement valable si le consentement :
- n'a été donné que par erreur ;
- ou surpris par dol (tromperie).

Art. 1110. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.
Elle n'est point cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

Art. 1111. La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faute.

Art. 112. Ii y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

Art. 113. La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ascendants.

Art. 1116. Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, il doit être prouvé.

Art. 1121. On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation.

Art. 1165. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.

Art. 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait point à son engagement.
Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.
La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

Art. 1325. Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt.
Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.
Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits en double, triple, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

Art.1341. Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret (5 000 F, selon le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980, soit 750 €), même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Art. 1347. Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.
On appelle ainsi tout acte par écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.
Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de

sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution.

Art. 1348. Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support.

Art. 2044. La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit.

Art. 2045. Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction.

Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou le majeur en tutelle que conformément à l'article 467 au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ; et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 au même titre.

Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi (du Président de la République).

Art. 2046. On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public.

Art. 2047. On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter.

Art. 2048. Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu.

Art. 2049. Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé.

Art. 2050. Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure.

Art. 2051. La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux.

Art. 2052. Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.

Art. 2053. Néanmoins, une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation.

Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence.

Art. 2054. Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

Art. 2055. La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle.

Art. 2056. La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle.

Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable.

Art. 2057. Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties.

Mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit.

Art. 2058. L'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée.

Code du Travail

Art. L. 1222-1. Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter.

Art. L. 1221-2. Le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée. Toutefois, il peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu dans les cas et dans les conditions mentionnées au titre IV relatif au C.D.D.

Art. 1221-3. Le contrat de travail établi par écrit est rédigé en français.
Lorsque l'emploi qui fait l'objet du contrat ne peut être désigné que par un terme étranger sans correspondant en français, le contrat de travail doit comporter une explication en français du terme étranger.
Lorsque le salarié est étranger et le contrat constaté par écrit, une traduction du contrat est rédigée, à la demande du salarié, dans la langue de ce dernier. Les deux textes font également foi en justice. En cas de discordance entre les deux textes, seul le texte rédigé dans la langue du salarié étranger peut être invoqué contre ce dernier.
L'employeur ne peut se prévaloir à l'encontre du salarié auquel elles feraient grief des clauses d'un contrat de travail conclu en méconnaissance du présent article.

Art. 1235-1. En cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Art. L. 1235-2. Si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge saisi impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.

Art. L. 1235-3. Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.
Si l'une ou l'autre des parties, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.

Art. L. 1235-4. Dans les cas prévus aux articles L.L. 1235-3 et L. 1235-11, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés de tout ou partie des indemnités de chômages versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé.

Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Le Conseil de Prud'hommes est compétent pour instruire l'action en annulation d'une transaction (les juristes disent « action en résolution ») (Cass. Soc. 30.01.1991 n° 475, R.J.S. 4/91 n° 460). Les procès les plus fréquents portent sur :

- la dénonciation par le salarié d'une transaction pour dol ;
- la dénonciation d'une transaction pourtant approuvée pour absence ou insuffisance de motif dans la lettre de licenciement ;
- la dénonciation d'une clause illicite dans une transaction pourtant approuvée ;
- la dénonciation d'une transaction pour insuffisance des concessions de l'employeur ;
- l'action contentieuse du salarié sur un sujet non visé par la transaction ;
- l'action de l'URSSAF pour paiement des charges sociales.

QUESTIONS / RÉPONSES

En votre qualité de praticien des transactions, comment les négocier ?
Une transaction est toujours une solution de négociation.
On peut choisir la politique :

- des petits pas : « le grignotage », c'est souvent celle que le salarié a intérêt à adopter ;
- ou du « tout sur la table », assez souvent employée par les employeurs ou les salariés irréalistes.

La transaction est souvent une fiction, et il y a la plupart du temps un décalage entre la réalité et la convention transactionnelle :

- elle est le prix de la paix sociale ou de la mauvaise conscience.
- elle est devenue un véritable instrument de gestion post-contractuelle.

Un salarié protégé peut-il signer une transaction ?
Rappelons que l'employeur ne peut mettre fin au contrat de travail d'un salarié protégé qu'avec l'accord préalable de l'Administration du Travail (Cass. Soc. 16.03.2005 P + B n° 02-45.293).
Rien n'empêche donc de signer une transaction avec un salarié protégé après l'autorisation administrative du licenciement prononcée par l'Inspection du Travail, puisque le licenciement a déjà été prononcé en toute légalité. Une rupture sans cet accord serait nulle et pourrait entraîner de graves conséquences sur le plan civil et sur le plan pénal pour l'employeur.

Par contre, une transaction pourrait être signée avec un salarié protégé avant l'autorisation administrative de son licenciement, si celle-ci se limitait au règlement des conséquences pécuniaires d'une rupture régulièrement mise en œuvre, et ne concernait en aucune façon le principe même de la rupture, mais cet acte unique devrait être déposé chez un avocat et non rester en possession du salarié protégé (crainte d'utilisation malveillante d'un tel acte proscrit), ou chez l'employeur (crainte d'un contrôle).

Dans ces cas-là la transaction précise que sa validité et son application sont subordonnées à l'autorisation administrative. Il peut même être fait mention d'une date limite pour éviter un délai pouvant aller jusqu'à quatre mois en cas de recours ministériel. Mais ATTENTION : « les salariés investis de fonctions représentatives ne peuvent renoncer par avance aux dispositions protectrices d'ordre public instituées en leur faveur » (Cass. Soc. 02.12.1992 n° 91-42.326 et 16.02.94, R.J.S. 7/94 n° 895). Dans un célèbre arrêt, le salarié protégé s'était engagé dans une transaction à renoncer « en contrepartie du paiement d'une indemnité transactionnelle de 15 000 €, à toute action en justice contre la décision du ministre du Travail ayant autorisé son licenciement ». Après avoir reçu les 15 000 €, il a attaqué pour excès de pouvoir contre cette décision. Le Conseil d'État a admis la validité du recours du salarié.

Si la morale n'y a guère trouvé son compte, le respect des dispositions légales fut garanti !

En pratique, l'employeur a souvent la crainte que le salarié protégé n'exploite ce protocole en lui donnant une certaine diffusion.

C'est pourquoi la solution la plus sage, et la plus fréquente consiste, à ce que ce protocole d'accord soit rédigé en un exemplaire unique par un avocat et conservé sous séquestre par lui seul. Dans le cas où le salarié protégé a également un avocat, ce protocole est établi en double exemplaire et conservé sous séquestre par chacun des deux avocats.

Car n'oublions pas que la Chambre criminelle, estime de son côté qu'une transaction établie entre un employeur et un salarié protégé avant l'autorisation administrative de l'Inspection du Travail, relève de la sanction pénale, c'est-à-dire du délit d'entrave (Cass. Crim. 04.02.1992 n° 90-82.330) ; de plus, celle-ci peut être annulée, et le juge des référés décidera de la réintégration du salarié (Cass. Soc. 03.04.2001 n° 98-46.419 P + B).

Un salarié protégé avait été licencié pour motif économique sur autorisation de l'Inspection du Travail. Ce salarié avait instruit un recours administratif, mais le ministre du Travail avait confirmé le licenciement et le Tribunal administratif aussi. Mécontent de ces trois décisions, ce salarié obstiné a obtenu une annulation de son licenciement par le Conseil d'État. Donc, dès lors, ce salarié avait droit à sa réintégration. Une transaction avait alors été signée

entre lui et son employeur, au terme duquel il renonçait définitivement à solliciter sa réintégration.
Ayant contesté son engagement, malgré sa signature il a sollicité quand même sa réintégration au prétexte que « nul ne peut renoncer à un droit ».
La morale est sauve, la Cour de Cassation en un arrêt du 05.02.2002 (n° 99-45.861 P) l'a débouté, car la transaction avait bien été signée après la notification de son licenciement, et qu'il n'y avait aucune manœuvre dolosive de la part de l'employeur.

Peut-on conclure une transaction pendant une période de protection (accident du travail ou maladie professionnelle) ?
Non, précise la Cour de cassation (Cass. Soc. 04.01.2000 n° 13P, R.J.S. 2/00 n° 168). Pendant une période de protection absolue de licenciement consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur ne peut faire signer une transaction, puisque le licenciement étant interdit, il devient illicite, et la transaction serait annulée.

Est-ce l'employeur qui seul peut signer une transaction ?
Dans une entreprise d'une certaine taille, il n'est pas nécessaire que l'employeur signe lui-même la transaction. Elle peut être signée par le D.R.H. ou le gestionnaire du personnel, le secrétaire général…
Un employeur qui contesterait une transaction signée par l'un de ses collaborateurs au prétexte que celui-ci n'en avait pas le pouvoir a toutes les chances de se voir opposer le « mandat apparent » (Cass. Soc. 01.12.1982 n° 80-41.399 et 12.07.1995 n° 93-46.734 et 94-42.063).

Si l'indemnité transactionnelle englobe la réparation de préjudice, les congés payés, le préavis non effectué… quelle est la position de l'URSSAF ?
Dans un célèbre arrêt du 10.10.1991, la Cour de cassation a décidé de ne pas soumettre ces sommes puisque non distinctes. Mais malgré cet arrêt, dans la 3e édition de 1997 du présent ouvrage nous écrivions déjà que nous ne saurions que trop conseiller la prudence, tant à l'employeur vis-à-vis des charges sociales, qu'au salarié vis-à-vis de ses impôts.
D'ailleurs, par un arrêt du 16 juin 1998, la Cour de cassation a apporté les éclaircissements attendus. Il convient que l'employeur, en cas de fixation d'un montant global transactionnel, distingue bien sur le bulletin de paie (devenu obligatoire) les différentes sommes qui sont incluses dans le montant forfaitaire et global et qui ne correspondent pas toutes à une réparation de préjudice.

Tel est le cas, en particulier :
– des sommes correspondant à une rémunération ou à un élément de rémunération soumis aux retenues sociales ;

– des sommes exclues de tous prélèvements (indemnité conventionnelle de licenciement ou remboursement de frais justifiés) ;
– des sommes correspondant à la réparation d'un préjudice, exonérées de charges sociales, mais soumises à la C.S.G. et la C.R.D.S.

Il convient que la nature des dommages et intérêts, réparant le seul préjudice moral, et non financier, ne fasse aucun doute aux yeux des contrôleurs et des juges. D'ailleurs, dès que l'indemnité transactionnelle dépasse de six mois au moins l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'URSSAF demande à ses contrôleurs d'examiner les dossiers avec grand soin (Circ. min. 15.07.1987). L'auteur ayant établi plus de 3 000 transactions, dont certaines avec de très importants montants, qui n'ont jamais fait l'objet de redressement malgré les contrôles, peut attester du soin qu'il convient d'y apporter.

Une transaction peut-elle comporter une clause pénale ?

Une clause pénale est la clause par laquelle, s'il manque à son engagement, un débiteur devra verser au créancier une somme d'argent dont le montant, fixé à l'avance, est indépendant du préjudice causé.
Il est parfois de l'intérêt de l'employeur d'assortir la transaction d'une clause pénale, par laquelle le salarié s'engage en cas de non-respect d'une obligation (non-concurrence par exemple) à verser à l'employeur une somme donnée.
On rencontre aussi le cas où l'indemnité transactionnelle devra être réglée en plusieurs paiements échelonnés. La clause pénale s'appliquerait en cas de retard de paiement par l'employeur.

Dans quels comptes imputer les indemnités transactionnelles ?

Il convient, si l'indemnité transactionnelle englobe plusieurs natures d'éléments, de bien distinguer :
– les sommes soumises, l'indemnité de licenciement, les frais etc. ;
– et d'isoler la somme réparatrice de préjudice moral représentant la seule indemnisation transactionnelle. Cette somme est à imputer dans le compte 6414 : Indemnités et avantages divers.

Pour de très importantes transactions au montant exceptionnel, on peut utiliser le compte 6788 : Charges exceptionnelles diverses de l'exercice.

Les Conseils de Prud'hommes ont-ils tendance à annuler les transactions signées ?

La position est très différente selon chacun des Conseils de Prud'hommes. Les Conseils qui ont le plus tendance à examiner à la loupe les transactions, et éventuellement à les annuler sont par exemple : Aix-les-Bains, Alès, Auch, Beaune, Belley, Besançon, Boulogne-sur-Mer, Caen, Châteauroux, Chauny, Evreux, Foix, Laval, Manosque, Nanterre, Nevers, Niort, Riom, Sens, Troyes. Précisons que, naturellement, il appartient au salarié qui souhaiterait faire annuler la transaction qu'il a signée d'apporter la preuve (Cass. Soc. 01.03.79).

La demande de résiliation judiciaire d'une transaction peut être demandée au juge sur le fondement :
– de l'illicéité de l'acte ;
– de la véritable nature de l'acte ;
– où du non-respect des engagements des parties.

Qui peut demander aux Prud'hommes d'annuler une transaction ?
Certes, si la plupart du temps, c'est le salarié qui demande l'annulation d'une transaction qu'il a signée, l'employeur peut aussi le faire. Dans un arrêt (Cass. Soc. 24.10.2000 n° 98-41.192 P), la Cour, pour la première fois, a accepté la demande d'annulation d'une transaction par l'employeur qui l'avait pourtant signée, au motif qu'elle avait été conclue avant la notification du licenciement. On aurait pu penser que la décision aurait été contraire, puisque « nul ne peut invoquer sa propre turpitude », mais la Cour de cassation a ainsi posé le principe que la demande en annulation d'une transaction n'est pas réservée au salarié.

Si le salarié a renoncé à tout recours, et qu'il a perçu une indemnité transactionnelle, quel est l'effet d'une annulation de la transaction ?
La Cour de cassation en un arrêt n° 98-44.579 P du 09.05.2001 a jugé qu'en l'absence de concessions réciproques, une transaction peut être annulée, même si le salarié avait approuvé et signé une clause précisant que cet acte avait l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Pour elle, l'encaissement des chèques représentant l'indemnité de licenciement et l'indemnité transactionnelle « n'est pas de nature à lui seul, à caractériser une volonté claire et non équivoque du salarié de renoncer à contester la validité de la transaction ».
Dans ce cas, il est probable que les sommes déjà perçues à titre transactionnel seraient restituables, sauf si le Tribunal condamnait l'ex-employeur à une indemnité égale ou supérieure, auquel cas, les sommes déjà encaissées s'imputent. C'est naturellement le cas général.

Y a-t-il une prescription pour une transaction ?
L'action en nullité d'une transaction se prescrit par cinq ans.
Dans un arrêt P + B (Cass. Soc. 14.01.2003, n° 00-41.880, confirmé le 28.01. 2004 n° 02-47.335, le 06.04.2004 n° 772 et le 16.11.2004, R.J.S. 2/05 n° 150), la Cour de cassation a posé un principe, à propos d'un salarié qui avait signé une transaction avec son employeur le 30.10.1991, avant que son licenciement n'ait été prononcé. Sept ans plus tard, le salarié saisit les Prud'hommes pour demander l'annulation de la transaction et l'octroi de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.
Les Prud'hommes le déboutent. La Cour d'Appel de Montpellier, accueille

sa demande au motif, tiré par les cheveux, que le licenciement était abusif, et que dans ce cas la prescription quinquennale n'était pas applicable. La Cour de cassation a censuré cet arrêt « la transaction met fin au litige et, dans la mesure où elle intervient avant tout licenciement, est entachée d'une nullité relative qui se prescrit par cinq ans ».
En effet, d'après l'article 1304 du Code Civil, les actions en nullité se prescrivent par cinq ans.

Quelle est la conséquence d'une transaction jugée « nulle » par les Juges ?
« La restitution des sommes versées en exécution de la transaction est la conséquence nécessaire de la nullité de cette dernière » (Cass. Soc. 25.04.2001 n° 99-41.499).

Peut-on signer une transaction avec un mandataire social ?
Rien ne l'interdit. Mais profitons-en pour éclaircir la question. Sauf convention contraire entre les parties, lorsqu'un cadre sous contrat de travail est devenu dans le même groupe mandataire social, deux cas peuvent se présenter :
– son lien de subordination, donc son contrat de travail, est suspendu pendant le temps de son mandat, et, à la fin de ce mandat son contrat initial reprend vie (Cass. Soc. 08.10.2003 n° 2150 P) ;
– son contrat de travail subsiste, bref, il continue à avoir une fonction opérationnelle (technique, commerciale…), dans ce cas le Conseil détermine une rémunération distincte pour son mandat. Dans ce cas il peut y avoir licenciement et transaction pour la partie contrat de travail et/ou fixation par le T.G.I. d'une indemnisation pour un mandat social qui lui aurait été retiré abusivement.

Quelle est la validité d'une indemnité de licenciement contractuelle ?
Il arrive qu'un cadre dirigeant ait, en signant son contrat de travail, prévu une clause dite « parachute » prévoyant qu'en cas de licenciement, il percevrait une indemnisation du préjudice d'avoir perdu son emploi, supérieure à celle prévue par la Convention collective appliquée.
Un telle clause, non illégale, est toutefois soumise aux décisions du juge. En effet, elle s'analyse comme une clause pénale, ce qui a pour conséquence de pouvoir être limitée par les juges (Cass. Soc. 12.01.2005 n° 02-42.722).

Qu'advient-il si le licenciement prive le salarié de ses stock-options ?
Le salarié qui ne peut, du fait de la date prématurée de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, exercer ses droits d'options sur les titres qui lui avaient été attribuées dans un plan d'options sur actions, (dit stock-options), a droit à la réparation du préjudice qui en résulte pour lui. Il n'a par contre pas droit au maintien des options (Cass. Soc. 02.02.2006 n° 03-47.180 P + B).

Quelle est la Position de l'AGS face à une transaction ?

L'Assurance Garantie des Salaires (AGS gérée par l'ASSEDIC), n'est recevable à contester un accord transactionnel conclu au cours d'une procédure de médiation et homologuée par le Juge prud'homal, qu'à la condition d'établir que cet accord procède d'une fraude.

Si tel n'est pas le cas, la créance indemnitaire du salarié pour licenciement sans cause réelle et sérieuse résultant de la transaction, est couverte par l'AGS.

Par contre, elle relève du plafond AGS applicable à l'époque des faits.

Ce plafond correspond à 6 fois le montant mensuel retenu plafond de l'ASSEDIC, (c'est-à-dire 16 x 4 plafonds mensuels de la S.S.).

Soit pour 2006 : (2.589 x 4 x 6 = 62.136 €)

Ce plafond est réduit à 5 mois pour un salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté, et à 4 mois si l'ancienneté est inférieure à 6 mois. L'ancienneté se calcule de l'engagement à la date du jugement.

Autant dire que le salarié a intérêt à percevoir son indemnité transactionnelle avant le dépôt de bilan ou la liquidation judiciaire.

Comment se calcule une transaction ?

Deux points de vue sont à prendre en compte :

- le point de vue de l'employeur ;
- le point de vue du salarié.

Du point de vue de l'employeur, avant de prendre une décision qui pourrait s'avérer être irréfléchie, il s'agit d'estimer en toute sérénité les risques financiers encourus en cas d'action contentieuse du salarié, sans omettre certains postes de coûts. Le tableau ci-après permet d'apporter une réponse.

Certes, lors d'un départ, la décision de l'entreprise :

- pour conclure ou non une transaction ;
- et pour en fixer les conditions financières et autres ;

ne reposera pas sur ce seul aspect financier. Bien d'autres éléments sont à prendre en considération. Mais ce seul aspect financier doit être estimé au plus près.

Le tableau d'analyse et de calcul joint devra être conservé dans la sous-chemise du dossier du salarié parti, réservée aux différentes pièces relatives à son départ de l'entreprise. Il est d'un intérêt majeur en cas de contrôle URSSAF par exemple.

Lorsque les Commissaires aux comptes demandent à l'avocat social, par circularisation en fin d'exercice, le montant des provisions pour des contentieux sociaux, nous utilisons ce type de tableau d'estimation.

Estimation des risques encourus par l'entreprise en cas de procès

Affaire M. c/ Société

Partons de l'hypothèse où l'entreprise :
- *régulariserait sans erreur le solde de tout compte ;*
- *réglerait l'indemnité conventionnelle de licenciement ;*
- *réglerait l'indemnité compensatrice de congés payés non pris, de repos R.T.T. non pris ;*
- *réglerait l'indemnité compensatrice de repos compensateur non pris ;*
- *ne devrait plus aucune somme telle celle des heures supplémentaires ;*
- *et remettrait le certificat de travail et l'imprimé ASSEDIC.*

1. ABSENCE DE CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE, licenciement non justifié

La réparation minimum a été fixée par le Code du Travail à 6 mois de rémunération dans les entreprises occupant habituellement au moins 11 salariés (art. L.122-14-4, al. 1), et si le salarié a au moins 2 ans d'ancienneté le jour de la notification de la rupture (art. L.122-14-5). Dans les autres cas, l'indemnité est calculée en fonction du préjudice subi (art. L122-14-6 *in fine*). Notons que ces 6 mois minimum visent un jeune célibataire ayant 2 ans d'ancienneté.

Dans le cas présent, les Prud'hommes tiendraient probablement compte :
- de l'âge,
- de l'ancienneté,
- des charges de famille,
- de l'étroitesse du métier,
- du contexte vexatoire ayant entouré la rupture,
- etc.

Le salarié licencié abusivement subit un préjudice d'autant plus important que certains de ces critères sont remplis, ce qu'un avocat spécialisé ne manque jamais de faire valoir devant des Prud'hommes, soit au minimum : .... **6 mois**

Mais on ne peut raisonnablement écarter une condamnation à au moins ...... mois

2. REMBOURSEMENT À L'ASSEDIC DE 6 MOIS D'INDEMNISATION

En cas d'absence de refus par les Prud'hommes d'admettre une cause réelle et sérieuse, l'employeur se voit condamner en application de l'article LA 22-14-4 (al. 2) à rembourser à l'ASSEDIC les six premiers mois d'indemnisation :

- soit licenciement non économique (57,4 % x 6) .... **3,5 mois**

3. CONTRIBUTION DELALANDE POUR LES PLUS DE 50 ANS

Si le salarié a plus de 50 ans lors de la date de notification de la rupture de son contrat, une contribution sera la plupart du temps due à l'ASSEDIC, s'élevant entre 2 et 12 mois .... **mois**

4. FRAIS DE DÉFENSE ET D'AVOCAT

Généralement, les spécialistes estiment dans les entreprises que les frais indirects internes en cas de Prud'hommes s'élèveront à peu près au double des honoraires de défense. Soit, selon le temps passé, le nombre d'audiences et la notoriété de l'avocat, un coût réel que l'entreprise peut estimer elle-même, mais au moins égal à :.. **mois**

5. APPLICATION DE L'ARTICLE 700 du Nouveau Code de Procédure Civile

Il serait probablement demandé entre 500 et 3 000 €, soit .... **mois**

TOTAL DU RISQUE	minimum =	mois
TOTAL DU RISQUE	maximum =	mois
TOTAL DU RISQUE	médian =	mois

Du point de vue du salarié, si les risques financiers qu'un employeur pourrait encourir en cas de procès ne sont pas à négliger dans une négociation, la véritable question est de savoir :

- combien le salarié pourrait espérer obtenir d'une action contentieuse, avec un minimum et un maximum en cas de procès gagné par ses soins devant un Conseil de Prud'hommes ;
- mais aussi, combien il risquerait d'avoir perdu s'il n'obtenait pas satisfaction (frais d'avocat ou de défense et condamnation aux dépens et en application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile).

Il convient également de prendre en compte le fait :

- que s'il gagnait devant les Prud'hommes, son entreprise pourrait toujours faire appel, et là, alors qu'il pouvait se défendre seul dans une instance prud'ho-male, il serait obligé de prendre un avocat qui lui demanderait des honoraires ;
- que s'il perdait, il pourrait faire appel, mais en commettant un avocat…

Le tableau d'analyse joint permet de ne rien oublier, mais il se limite à la seule procédure prud'homale sans estimer l'impact d'un éventuel appel, qui est très probable dans le cas où le salarié gagnerait d'importantes sommes aux Prud'hommes.

Notons que si l'aspect financier ne doit pas être occulté en estimant raisonnablement les risques et en pesant ses chances, avant d'intenter une action prud'homale, bien d'autres facteurs sont également à prendre en considération par le salarié, par exemple :

- par une transaction, les rapports avec l'entreprise sont soldés, « on tire un trait » et le salarié pourra plus sereinement se consacrer à son avenir sans avoir à revenir souvent sur un passé parfois amer ;
- par une transaction, le salarié y gagne une réputation plus forte que s'il a dû attaquer son ex-employeur en justice ;
- par une transaction, l'employeur peut renoncer à le poursuivre ;
- par une transaction, le salarié élimine les risques de devoir consacrer une demi-journée pour la conciliation, une demi-journée pour la séance de jugement (minimum si tout se passe bien, car il peut y avoir un report, un défaut de procédure, un départage, un conseiller rapporteur…).

La plus grande erreur que l'on rencontre parfois (outre le salarié qui n'avait pas pris en compte le fait des dépenses à engager), est celle du salarié surestimant sa probabilité de gagner, finissant par « prendre ses désirs pour des réalités », et qui n'a pas relu *Perrette et le pot au lait*, bref, qui se fait des illusions sur l'issue de son procès.

Un salarié doit toujours avoir présent à l'esprit :

- que son ex-société commettra probablement un excellent avocat, dont les honoraires entreront dans ses frais généraux ;
- et que si lui se fait assister et conseiller par un avocat, plus celui-ci sera expérimenté et renommé, plus les honoraires à acquitter seront élevés, et que s'il commet un débutant, il aura à débourser des honoraires moindres, mais avec des risques aggravés.

Un procès n'est jamais gagné d'avance, ni par une partie, ni par l'autre, et selon les adages ou proverbes populaires : « mauvais arrangement mieux vaut que bon procès », « un tiens vaut mieux que deux tu l'auras peut-être ».

Estimation des risques de dépense et des espérances de gain en cas de procès

Affaire M. c/ Société

Partons de l'hypothèse d'une action prud'homale sans appel, et où l'entreprise :
- *régulariserait sans erreur le solde de tout compte ;*
- *réglerait l'indemnité conventionnelle de licenciement ;*
- *réglerait l'indemnité compensatrice de congés payés non pris ;*
- *réglerait les indemnités compensatrices de repos non pris ;*
- *ne devrait plus aucune somme telle celle des heures supplémentaires ;*
- *et remettrait le certificat de travail et l'imprimé ASSEDIC.*

Rémunération mensuelle = Rémunération brute des 12 dernier mois : 12 = …… €

1. ABSENCE DE CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE, licenciement non justifié

La réparation minimum a été fixée par le Code du Travail à 6 mois de rémunération dans les entreprises occupant habituellement au moins 11 salariés (L.122-14-4, al. 1), et si le salarié a au moins 2 ans d'ancienneté le jour de la notification de la rupture (art. L.122-14-5). Dans les autres cas, l'indemnité est calculée en fonction du préjudice subi (art. L. 122-14-5 *in fine*). Notons que ces 6 mois minimum visent un jeune célibataire ayant 2 ans d'ancienneté. Dans le cas présent, les Prud'hommes tiendraient probablement compte :
- de mon âge :
- de mon ancienneté :
- de mes charges de famille :
- de l'étroitesse de mon métier :
- du contexte vexatoire ayant entouré la rupture de mon contrat :
- etc.

Si le salarié perdait son procès.. **0 mois**
Le salarié licencié abusivement subit un préjudice d'autant plus important que certains de ces critères seraient remplis, ce qu'un avocat spécialisé ne manque jamais de faire valoir devant des Prud'hommes, soit au minimum .... **6 mois**

Mais on peut espérer, dans mon cas, une condamnation supérieure (entre 6 et 12 mois dans 90 % des cas), soit : .... **mois**

2. APPLICATION DE L'ARTICLE 700 du Nouveau Code de Procédure Civile

Si le salarié gagne son procès, il aura pris soin de demander l'application de cet article 700 du N.C.P.C. : « dans toutes les instances, le juge condamne la partie

tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés, et non compris les dépenses. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut même dire d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

– Si le salarié gagne, il peut espérer percevoir entre 500 € et 3 000 €. Soit .... **+ mois**

– Si le salarié perd, il peut être condamné à devoir payer à l'entreprise, entre 200 € et 2 000 €. soit .... **– mois**

3. FRAIS DE DÉFENSE ET D'AVOCAT

En cas d'action prud'homale, le salarié peut se défendre seul, (mais …. saura-t-il le faire en évitant l'affectif, en dégageant bien l'essentiel, en sachant bien préparer son dossier de défense, en ne se faisant pas piéger par l'adversaire ou par lui-même sur la procédure ?)

« On est toujours un mauvais avocat pour soi-même » constate l'adage. Soit, selon le temps passé, le nombre d'audiences et la notoriété de l'avocat, un coût réel des honoraires que l'on peut estimer en T.T.C. au moins à ...... **– mois**

EN CAS DE PROCÈS GAGNÉ PAR LE SALARIÉ :

TOTAL DE L'ESPÉRANCE DU GAIN	minimum	=	mois
TOTAL DE L'ESPÉRANCE DU GAIN	maximum	=	mois
TOTAL DU RISQUE FINANCIER EN CAS DE PROCÈS PERDU		=	Euros

Un plan social (P.S.E.), peut-il prévoir des transactions ?

Non, précise la Cour de cassation (Cass. Soc. 14.06.2006 n° 04-48.157). La mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi signé ne peut être subordonnée à la signature de transaction.

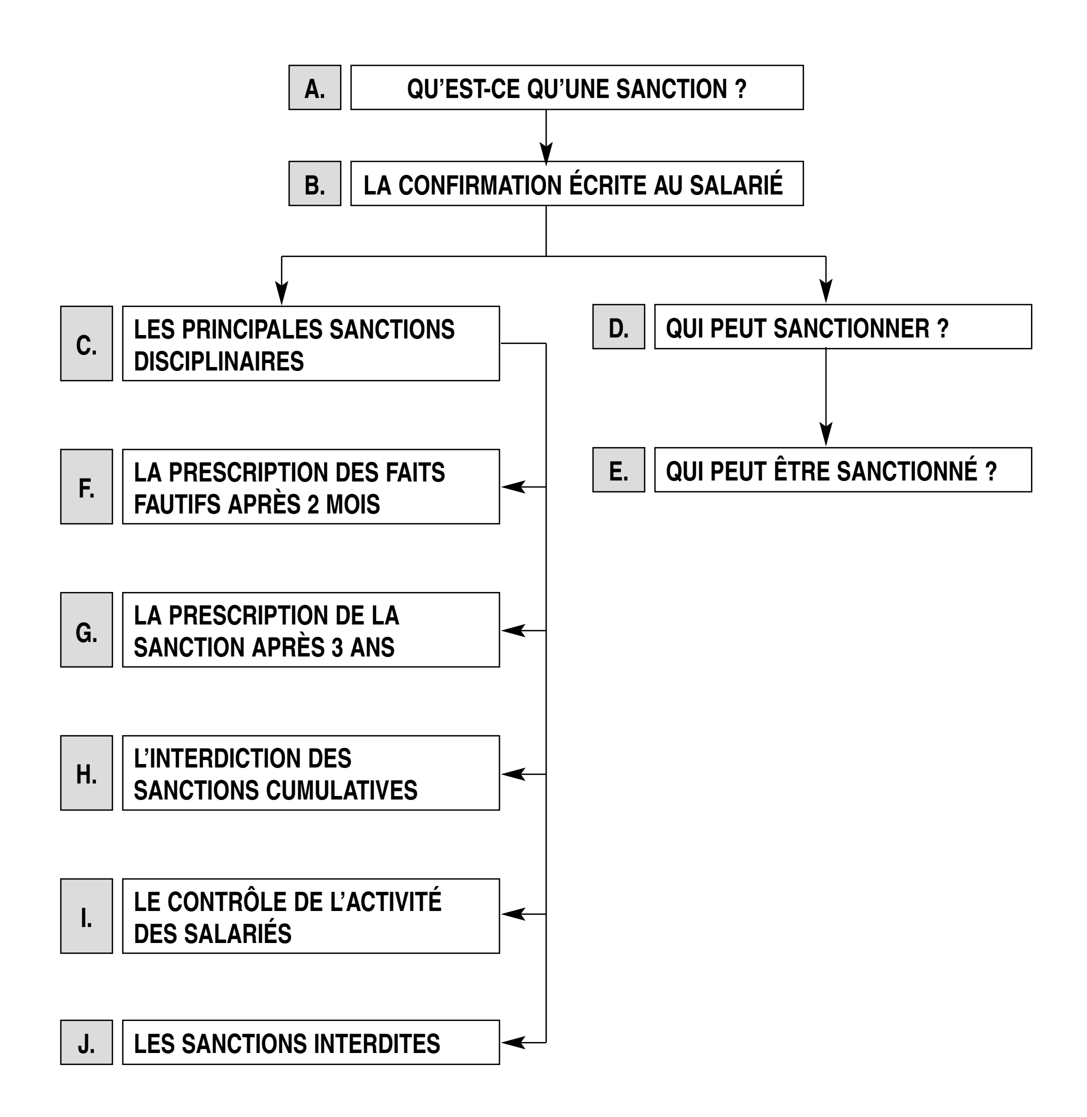
TROISIÈME PARTIE

LES SANCTIONS DISCIPLINAIRES

VII

LES SANCTIONS DISCIPLINAIRES

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

La loi et la jurisprudence n'ont jamais privé l'employeur de la possibilité de sanctionner des agissements fautifs du salarié ou son insuffisance professionnelle prouvée. Par contre, au fur et à mesure du temps, elles ont de plus en plus encadré la procédure à respecter, et obligé l'employeur à apporter des preuves claires des faits réels et sérieux invoqués. Elles ont aussi, petit à petit interdit certaines sanctions et limité le pouvoir de contrôle de l'employeur sur l'activité de ses salariés.

A. QU'EST-CE QU'UNE SANCTION ?

La loi du 04.08.1982 a défini pour la première fois la sanction et a encadré le pouvoir disciplinaire de l'employeur.
Le nouvel article L. 1331-1 du C.T. la definit ainsi :
« Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'agissements du salarié, considéré par lui comme fautifs, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

Si la loi l'a définie par cet article, la jurisprudence a précisé la définition de la sanction en donnant des explications sur les domaines dans lesquels le salarié peut se sentir affecté :

- la **présence** dans l'entreprise signifie pour la Cour de cassation « l'appartenance à l'entreprise » et non la présence physique dans l'entreprise. Ainsi, un salarié rémunéré, à qui son employeur demande de rester temporairement chez lui, ne saurait considérer ceci comme une sanction (Cass. Soc. 27.02.1985) ;
- par **fonction**, il faut entendre non seulement le titre et la qualification hiérarchique, mais également le type de travail. Ainsi un comptable qualifié à qui son employeur ne confie que quelques additions à effectuer par jour peut se considérer sanctionné (Cass. Crim. 10.12. 1970) ;
- par **carrière**, il faut entendre avancement. Le refus par un employeur d'accorder un avancement à un salarié, dès lors que cette promotion est fondée sur un critère de choix au mérite, n'est pas une sanction (Cass. Soc. 01.02.1995, R.J.S. 3/95 n° 233) ;

– la **rémunération**. La possibilité de réduction ou de suppression d'une prime exceptionnelle, bénévole et révocable, versée aux salariés en fonction des absences, retards, accidents de circulation, casse de matériel de la Société, fautes qui leur sont imputables, constitue une sanction disciplinaire (C.E. 12.06.1987).

En revanche, le fait de ne pas augmenter un salarié dans un système d'évolution personnalisée des rémunérations, ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée. (Cass. Soc. 19.07.1995. R.J.S 10/95 n° 1021, 15.05.1991 n° 89-40.380 ou 14.05.1998 n° 96-41.755).

Donc, résumons la loi et la jurisprudence, en affirmant que relève du pouvoir disciplinaire de l'employeur, tout manquement :
– aux règles de discipline et d'organisation collective du travail (horaires, pointages, justification des absences…) ;
– à l'obligation de loyauté ;
– aux règles d'hygiène, de prévention et de sécurité ;
– à l'obligation de diligence du salarié, qui n'est pas payé pour travailler, mais comme insistent les juges : « pour bien travailler ».

Il faut bien distinguer la faute disciplinaire de l'insuffisance professionnelle. Seules les fautes professionnelles peuvent, en principe, justifier d'une sanction. Les faits de la vie privée ne peuvent la justifier, sauf dans de rares cas où le comportement d'un salarié, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, aurait créé un trouble caractérisé. Par exemple le vol en dehors de son travail par un agent de surveillance, le fait pour un chauffeur routier d'avoir conduit en état d'ivresse (Cass. Soc. 02.12.2003, R.J.S. 2/04 n° 181), ou pour ce cadre qui gifle son épouse devant l'entreprise (18.05.2007, R.J.S. 7/07 p. 607).

B. LA CONFIRMATION ÉCRITE AU SALARIÉ

L'article L.1332-1 du Code du travail précise : « *Aucune sanction ne peut être prise à l'encontre du salarié sans que celui-ci soit informé, dans le même temps et par écrit, des griefs retenus contre lui* ».
Il y a deux procédures variables selon la gravité de la faute et l'intention de l'employeur concernant la suite qu'il entend donner.

a) La procédure courte simplifiée, sans entretien préalable, applicable en cas de faute légère, ne justifiant pas à elle seule une mise à pied ou un licenciement.

Tel est le cas d'un rappel à l'ordre ou d'un simple avertissement écrit. Dans ce cas, l'employeur s'interdit d'y donner une suite immédiate.
Par contre de telles lettres remises contre décharge ou adressées en R.A.R. pourront ultérieurement être rappelées ultérieurement en cas de sanctions plus graves.

b) La procédure longue avec entretien préalable, avant la notification écrite et motivée de la sanction.

Ceci en application de l'article L. 1332-2 : *« Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié »*.

C. LES PRINCIPALES « SANCTIONS DISCIPLINAIRES »

Les sanctions doivent être prévu par le règlement intérieur.

a) L'observation verbale ou la réprimande
Juridiquement parlant, ce n'est pas une sanction. C'est le droit, voire le devoir, de chaque supérieur hiérarchique de dire clairement ce qu'il attend de chacun de ses collaborateurs, et de savoir éventuellement les réprimander, ou de rappeler le respect d'une norme (porter ses chaussures de sécurité par exemple ou adresser le « reporting » à telle date)..

b) L'avertissement écrit sans entretien préalable
C'est la sanction dite « avec procédure courte simplifiée ».
C'est une sanction mineure, (de premier degré pour certaines conventions), qui n'aura généralement de conséquences que s'il y avait récidive du salarié dans les trois ans. La Cour de cassation a tranché le 19.01.1989 sur la validité d'une telle sanction, non précédée d'un entretien préalable (Arrêt KRYNSEN c / A.F.P.A.).

c) Le blâme
Certains statuts du Personnel, dans des institutions souvent proches de la fonction publique, prévoient le blâme dans l'échelle des sanctions. Dans le secteur privé, il fait figure d'anachronisme désuet à l'heure où cette sanction a pratiquement disparu de nos écoles !

d) L'avertissement écrit après entretien préalable

C'est la sanction du second degré la plus employée. La notification de l'avertissement est précédée d'un formalisme précis avec un entretien préalable. Par opposition à la « procédure courte simplifiée » (ci-dessus § b), c'est la « procédure longue ».

e) La mise à pied disciplinaire

C'est la suspension temporaire et non rémunérée du contrat de travail. Le salarié a, pendant ce temps, l'interdiction d'exercer ses fonctions. Cette sanction est soumise au respect de la « procédure longue » avec entretien préalable.
Important : il ne faut pas la confondre avec la « mise à pied conservatoire » (voir ci-après § i) rémunérée, qui, elle, n'est pas une sanction mais une mesure prise par l'employeur pendant le déroulement d'une procédure de licenciement pour faute grave ou lourde.
La Cour de cassation a condamné l'employeur qui avait mis à pied un salarié immédiatement mais avait omis de préciser que cette mesure était « à titre conservatoire ». Les juges en ont conclu que cette mise à pied était disciplinaire (arrêt du 03.05.2001 n° 99-40.936 P), le licenciement qui s'en est suivi a donc été annulé pour sanctions cumulatives.
Le refus d'un salarié de se soumettre à une mise à pied disciplinaire ou conservatoire est une faute grave, car cette attitude bafoue l'autorité du chef d'entreprise, (Cass. Soc. 12.10.2005 n° 03-43.395 P + B).

f) La mutation disciplinaire

C'est une sanction grave (de deuxième degré après entretien préalable), qui amène l'employeur, après des agissements fautifs du salarié, à décider de l'affecter, temporairement ou non, à un autre poste de travail à qualification équivalente.
Exemples : changement de supérieur hiérarchique ; changement d'équipe (par exemple d'une équipe de jour à une équipe de nuit) ; changement d'atelier, de service, de chantier ; changement d'établissement, etc.

g) La rétrogradation disciplinaire

C'était la plus grave des sanctions avant le licenciement, elle correspondait à un déclassement hiérarchique et à l'affectation du salarié à un autre poste de qualification moindre. Généralement, elle s'accompagnait d'une diminution de la rémunération.
Désormais cette sanction est interdite, la rétrogradation ne pouvant être imposée au salarié, puisqu'elle modifie un élément essentiel de son contrat de travail. Elle ne peut s'opérer qu'avec l'accord écrit et formel du salarié,

qui peut somme toute préférer une rétrogradation à un licenciement. (Cass. Soc. 23.01.2001 n° 99-40.129 P).
« La rétrogradation ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée, lorsque la diminution de la rémunération qu'elle entraîne, résulte de l'affectation du salarié à une fonction ou à un poste différent et de moindre qualification », (Cass. Soc. 07.07.2004 n° 02-44.476 P + B).
En pratique, si le salarié refuse une rétrogradation, l'employeur peut procéder à son licenciement, sans qu'il n'y ait de sanctions cumulatives.

h) Le licenciement disciplinaire

C'est la rupture du contrat de travail impliquant le respect d'une procédure spécifique. Ce licenciement ouvre droit :

– au paiement du préavis effectué ou non effectué ;
– au paiement d'une indemnité de congés payés et jours R.T.T. non pris ;
– au paiement éventuel d'une indemnité compensatrice de repos compensateur ou de compte d'épargne-temps ;
– au paiement de l'indemnité de licenciement.

Cette sanction ne peut reposer que sur des faits réels (c'est-à-dire que l'employeur pourra prouver), et sérieux.
Une faute sérieuse (ou une série de fautes réitérées) est celle qui constitue un risque pour l'entreprise, qui met en difficulté son fonctionnement normal, et rend impossible toute poursuite du contrat de travail. Pour la liste des principales fautes, se reporter au chapitre XII.

i) Le licenciement pour faute grave

C'est la rupture immédiate du contrat de travail, impliquant le respect d'une procédure spécifique (chap. VII). Ce licenciement est prononcé :

– sans préavis, qui est ni exécuté, ni rémunéré ;
– sans indemnité de licenciement ;
– en revanche, avec le paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés et jours R.T.T. non pris.

Cette sanction ne peut être justifiée que par une faute grave (chap. IX), qui interdit la continuation du contrat de travail, même pendant le préavis, car elle ferait courir à l'entreprise un risque insupportable et immédiat.
Exemples : abandon de poste ; refus d'effectuer des heures supplémentaires ; fraudes au pointage...

j) Le licenciement pour faute lourde

C'est la plus sévère des sanctions. Elle implique le respect d'une procédure spécifique (chap. VIII). Le licenciement est prononcé :

– sans préavis, qui est ni exécuté, ni rémunéré ;
– sans indemnité de licenciement ;
– sans même une indemnité compensatrice des congés payés non pris par le salarié, pour le moins pour les congés acquis depuis le début de la période de référence (1er juin la plupart du temps ou 1er avril s'il y a une caisse de congés payés), ou une autre date en cas d'accord collectif.

Ce licenciement ne peut être prononcé que pour une « faute lourde », qui relève de l'intention de nuire, et qui ne peut être excusée par les circonstances de l'espèce (chap. IX).
Exemples : vol ; Incitation du personnel à quitter l'entreprise ; séquestration d'un supérieur hiérarchique ; détournement de fonds ; divulgation de secrets professionnels ; sabotage ; détournement de clientèle ; entrave à la liberté du travail par des grévistes ; création d'une entreprise concurrente ...

k) La mise à pied conservatoire

Ce n'est pas une sanction, c'est la suspension rémunérée du contrat de travail avant un licenciement à venir. C'est une mesure d'urgence, qui n'est pas soumise par les textes à un formalisme précis, permettant à l'employeur de respecter le formalisme de la procédure longue d'entretien préalable. Elle est fréquente dans les cas de faute grave ou lourde.
Le seul cas où une mise à pied conservatoire pourrait être non rémunérée est celui où elle est suivie d'un licenciement pour faute grave ou lourde (Cass. Soc. 20.03.1996, R.J.S. 5/96 n° 544).

D. QUI PEUT SANCTIONNER ?

Seul l'employeur, ou son représentant habilité, peut sanctionner au nom de son pouvoir disciplinaire.
Ce pouvoir disciplinaire repose sur deux fondements :
– le contrat de travail. L'état de subordination qui caractérise le contrat de travail, confère à l'employeur le pouvoir de sanctionner le salarié ;
– les exigences de la bonne marche de l'entreprise. Ces exigences confèrent également à l'employeur, le pouvoir de sanctionner. L'employeur, ou son représentant habilité, peut décider de prendre la sanction qu'il juge la plus appropriée aux faits réels qu'il considère comme fautifs.

E. QUI PEUT ÊTRE SANCTIONNÉ ?

Ce sont les salariés ayant un contrat de travail, y compris :
– les salariés en période d'essai ;
– les salariés « protégés » comme les représentants du Personnel ;
– les salariés sous contrat à durée indéterminée, à durée déterminée, partiel, d'alternance, pour la durée d'un chantier... ;
– les salariées enceintes ;
– les salariés en longue maladie...

Attention : pour les intérimaires, seule l'entreprise de travail temporaire peut prendre une sanction à leur encontre (car c'est leur employeur).
Il en va de même des salariés extérieurs détachés dans l'entreprise.
En effet, ce qui différencie le contrat de travail des autres types de contrat (contrat de mandat, de sous-traitant, d'entreprise...) c'est l'état de subordination du salarié qui confère à l'employeur le droit de commander, de contrôler, d'organiser, de surveiller, de donner des instructions... et de sanctionner, le cas échéant, les fautes, les négligences du salarié.

F. LA PRESCRIPTION DES FAITS FAUTIFS APRÈS 2 MOIS

L'article L.1232-4 du Code du travail précise : *« Aucun fait fautif ne peut donner lieu, à lui seul, à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ».*
Il y a donc interdiction d'infliger une sanction, passé le délai de deux mois, celle-ci serait nulle.
Le point de départ n'est pas le jour du fait fautif, mais le jour où il en a été établi les preuves. Prenons l'exemple d'un salarié qui détournait des fonds, le point de départ de la prescription est le jour où l'employeur, qui avait découvert cette malversation, en a eu les preuves (par exemple le jour de remise du rapport d'audit).
Ce délai expire à minuit le jour qui porte le même quantième, deux mois plus tard :
– soit le jour de la notification dans la procédure courte ;
– soit le jour de l'entretien préalable dans la procédure longue.

Pour le 31 décembre, le délai de deux mois expire le 28 ou le 29 février, à minuit.

Ce délai n'est ni suspendu ni interrompu pendant une période de suspension du contrat, maladie par exemple, (Cass. Soc. 09.10.2001 n° 99-41.217, 21.10.2003 n° 01-44149).
C'est le juge des référés qui est compétent pour annuler une sanction notifiée hors délai.

G. LA PRESCRIPTION DE LA SANCTION APRÈS 3 ANS

L'article L.1232-5 du Code du travail précise : « *Aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction* ».
Le point de départ est le même que ci-dessus (C *in fine*), c'est-à-dire le jour où l'employeur a eu la connaissance de la preuve du fait fautif. Cette prescription d'une sanction après trois ans interdit à l'employeur de l'invoquer. En revanche, la loi n'impose pas que les lettres de sanctions anciennes soient retirées du dossier individuel du salarié, alors qu'une loi d'amnistie présidentielle peut l'imposer. Tel fut le cas le 20.07.1988. En revanche, la loi n'interdit pas de faire référence lors d'une sanction portant sur des faits récents, aux sanctions antérieures.

H. L'INTERDICTION DES SANCTIONS CUMULATIVES

Un employeur ne saurait infliger une deuxième sanction à un salarié en se fondant sur le même fait fautif (Cass. Soc. 19.06.2002 n° 00-42.813 et 03.02.2004, R.J.S. n° 328).
Ce principe est écrit dans le nouveau Code du travail : « *Lorsque les faits reprochés au salarié ont rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à 1332-2 ait été respectée* ». Mais c'est la position constante de la Cour de cassation. C'est ce qu'on appelle **la mise à pied conservatoire**, le temps d'enquêter et de respecter la procédure de licenciement pour faute grave ou lourde. Par exemple, un salarié, ayant reçu un avertissement pour des faits fautifs bien précis et réels, ne pourra ultérieurement recevoir, pour ces mêmes faits fautifs, une deuxième sanction : mise à pied disciplinaire, mutation ou rétrogradation disciplinaire, licenciement. Cette deuxième sanction serait rejetée par les tribunaux. En effet, seuls de nouveaux griefs autoriseraient l'employeur à invoquer des faits antérieurs déjà sanctionnés.

La deuxième sanction serait réputée sans cause réelle et sérieuse.

En plus de son annulation, elle pourrait ouvrir au salarié des droits à dommage et intérêts. La jurisprudence est très fournie sur ce point.
Par exemple, la société Salviam Brun fut condamnée à payer des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, au motif que le salarié avait déjà reçu un avertissement écrit pour les mêmes faits fautifs. C'est l'interdiction d'une double sanction pour les mêmes faits fautifs (Cass. Soc. 16.06.1988).

L'intérêt de la distinction entre mise à pied disciplinaire et conservatoire.

La mise à pied disciplinaire avec suppression de la rémunération pendant toute la durée de la suspension du contrat de travail est une sanction. Un licenciement prononcé après pour les mêmes faits fautifs serait réputé sans cause réelle et sérieuse.
La mise à pied conservatoire avec maintien de la rémunération pendant la suspension de la prestation de travail n'est pas une sanction. Comme son nom l'indique, c'est une mesure « conservatoire » dans l'attente d'un licenciement disciplinaire pendant la durée de la procédure.
Une mise à pied qualifiée par l'employeur de sanction immédiate, et prononcée pour une durée limitée est une sanction, car ce ne peut être une mise à pied conservatoire, prononcée pour une durée indéterminée jusqu'au licenciement. Le licenciement qui s'en est suivi est nul (Cass. Soc. 03.05.2001 n° 1832 P).

I. LE CONTRÔLE DE L'ACTIVITÉ DES SALARIÉS

S'il a toujours été reconnu à l'employeur son pouvoir de direction, et sa possibilité de prendre des mesures disciplinaires pour sanctionner le salarié pour son comportement, il a de plus en plus été exigé de lui des preuves formelles et sûres des faits ou insuffisances alléguées. Mais la protection des libertés individuelles et collectives des salariés et la protection de leurs droits fondamentaux a amené le législateur et la jurisprudence à encadrer de plus en plus le droit de contrôle et les moyens de preuve.

Droit de contrôle et moyens de preuve

Ceux-ci ne peuvent porter atteinte à la vie privée et aux libertés du salarié. En ce sens, les salariés doivent avoir préalablement été informés des dispositifs de contrôle ou de surveillance (badgeages, autocommutateurs, vidéosurveillance, photos, audio, écoutes téléphoniques, informa-

tiques, filatures, contrôle de la productivité, etc.) sous peine de se faire annuler de tels moyens de preuves. Le Comité d'entreprise doit avoir été informé et consulté au préalable (art. L. 2323-32 al. 3). Nous ne pouvons que conseiller, en l'absence de Comité, d'en informer les Délégués du Personnel. D'ailleurs, ceux-ci disposent d'un droit d'alerte (art. L. 2313-2), et peuvent même agir en justice pour réclamer le retrait des éléments de preuve frauduleux (Cass. Soc. 10.12.1997 n° 95-42.661).

Toute sanction justifiée par un moyen de contrôle, et où le Comité ou les Délégués du personnel à défaut n'avaient pas été consultés avant, est nulle. De plus il faut la preuve que la salarié avait été informé de l'utilisation, de ce moyen de contrôle, quel qu'il soit.

J. LES SANCTIONS ILLICITES OU INTERDITES

Les sanctions légalement interdites sont :

▶ **Les sanctions pécuniaires et les amendes** (art.L.122.42 du C.T.)
Ce sont des retenues sur salaire à l'encontre d'un salarié qui a exécuté sa prestation de travail. En revanche, si le salarié n'a pas fourni sa prestation de travail, la retenue est licite, par exemple en cas de grève, d'abandon de poste ou de travail, en cas d'exécution volontairement défectueuse de la prestation de travail. Par contre, l'employeur est en droit de subordonner l'octroi d'une rémunération, prime ou gratification par exemple, à un défaut d'absence (Cass. Soc. 10.06.1992 n° 88-44.717).

▶ **Les sanctions discriminatoires** (art. L. 1132-1 du C.T.)
Cet article précise : « *… Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison :*
– *de son origine,*
– *de son sexe,*
– *de ses mœurs,*
– *de son orientation sexuelle,*
– *de son âge,*
– *de sa situation de famille ou de sa grossesse,*
– *de ses caractéristiques génétiques,*

– *de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race,*
– *de ses opinions politiques,*
– *de ses activités syndicales ou mutualistes,*
– *de ses convictions religieuses,*
– *de son apparence physique,*
– *de son nom de famille,*
– *ou, en raison de son état de santé ou de son handicap ».*

Art. L. 1132-2 : *« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'article 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève. »*

Art. L. 1132-3 : *« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L.1132-1 et 2, ou pour les avoir relatés. »*

– l'article L. 1121-1 du C.T. précisant que : *« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché »* ;
– l'article 9 du Code civil précisant que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée » ;
– l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales l'interdisant ;

le Code du travail a étendu sa protection aux salariés victimes ou ayant relaté des faits de harcèlement moral ou sexuel.

Toute sanction reposant sur une discrimination est nulle de plein droit (art. L. 1132-4 du C.T.)

Il en résulte :
– qu'il y a un secret de la correspondance reçue par le salarié sur son lieu de travail (Cass. Soc. 24.01.1994) ;
– qu'une filature ne peut être organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié (Cass. Soc. 26.11.2002 n° 42.401 P + B) ;
– que la mise en œuvre de n'importe quel dispositif de contrôle des salariés doit préalablement avoir été porté à leur connaissance (Cass. Soc. 20.11.1991 n° 4080), tout procédé de surveillance clandestin est illicite.

Ce type de comportement constitue une atteinte à la vie privée et ce moyen de preuve illicite ne peut être retenu.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Les procès intentés en annulation d'une sanction disciplinaire, hors le licenciement, sont en chute libre, et ne représentent plus qu'environ 0,3 % des actions prud'homales. Mais la jurisprudence est abondante sur les sanctions interdites, notamment les discriminations, et les défauts de procédure.

QUESTIONS / RÉPONSES

Un fait fautif peut-il être constaté par huissier ?

L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant leur temps de travail. Seul l'emploi de procédés clandestins de surveillance est illicite.
Il faut que les salariés aient été préalablement informés de la mise en œuvre de ces contrôles par audio, vidéo, photo, caméra, informatiques ou tout autre moyen, et que les élus du personnel, s'il y en a, aient été consultés.
Par contre, un constat d'huissier attestant de la matérialité des faits n'est pas un procédé clandestin de surveillance, et ne requiert pas l'information préalable des salariés (Conseil d'État 07.06.2000 n° 191828, R.J.S. 10/00 n° 971).

Un licenciement basé sur l'enregistrement des numéros de téléphone appelés par le salarié justifie-t-il une sanction ?

Oui, mais il faut :
- que le Comité d'entreprise (ou d'établissement ait été préalablement consulté ;
- que ces données à caractère nominatif aient fait l'objet d'une déclaration à la CNIL ;
- que les salariés en aient été informés.
- à défaut, les sanction sont nulles et le licenciement considéré comme sans cause réelle et sérieuse.

Le fait de ne pas informer son employeur des motifs d'une absence constitue-t-il une faute grave ?

Un salarié, absent pour maladie, n'ayant pas adressé à son employeur de justificatif, ne l'ayant pas informé, laissant ce dernier dans l'ignorance totale de sa situation personnelle constitue une faute grave (Cass. Soc. 19.07.2008, R.J.S. 10/08 n° 981).

Une observation verbale très ferme constitue-t-elle une sanction ?

Non, au regard de la loi.
C'est non seulement un droit pour le responsable hiérarchique mais un devoir de dire clairement à un salarié placé sous son autorité ce qu'il attend de lui, et même, en cas de non-exécution parfaite, de le répéter fermement dans la limite des règles élémentaires de politesse et de respect de la vie privée.

Un avertissement écrit, sans le respect de la procédure d'entretien préalable, a-t-il une valeur devant les tribunaux ?

Il a incontestablement une valeur vis-à-vis du salarié, car il a le mérite de mettre les choses clairement au point dans une lettre où les mots sont soigneusement pesés. Mais il a aussi une valeur devant les tribunaux car si les faits fautifs se reproduisant, une sanction était prise par l'employeur, le tribunal ne pourrait que constater qu'il n'y avait pas d'ambiguïté, et que le salarié avait été clairement informé de ce qu'on lui reprochait ou de ce qu'on attendait de lui. S'il s'agit du « dernier avertissement », l'employeur a intérêt, à respecter la procédure d'entretien préalable, car en cas de licenciement ultérieur, pour la répétition des mêmes faits, son dossier serait plus solide. On dit de l'avertissement écrit sans convocation à un entretien préalable, qu'il s'agit de **la procédure courte simplifiée**.

En cas de poursuites pénales, le délai de deux mois s'applique-t-il ?

Naturellement, non ; l'exercice de poursuites pénales par l'employeur vis-à-vis d'un salarié (en cas de vol par exemple) suspend le délai de deux mois, si ces poursuites ont été engagées dans le délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance des faits fautifs. Par exemple, plainte dans les deux mois entre les mains du procureur de la République contre X ou contre le salarié visé.

Sur quelles lois repose le pouvoir disciplinaire de l'employeur ?

Jusqu'en 1982, le pouvoir disciplinaire de l'employeur pouvait s'exercer sans aucune limite, hormis celles fixées par :
– la convention collective applicable ;
– le règlement intérieur de l'entreprise ;
– la loi du 17 juillet 1978 qui a interdit les amendes et sanctions pécuniaires. C'était en fait un droit jurisprudentiel (fixé par les tribunaux) qui censurait surtout les abus ou détournements de pouvoir.

La loi du 4 août 1982 a fixé les conditions d'application du droit disciplinaire, en particulier les conditions requises pour que l'employeur puisse infliger une sanction régulière.

Quelles entreprises sont visées ?

Le Code du travail n'apporte pas de limite. La circulaire ministérielle D.R.T. 5.83 du 15 mars 1983 précise que le droit disciplinaire est applicable dans « tous les cas où s'établit une relation contractuelle régie par le droit privé ». Donc, y compris :

– établissements publics à caractère industriel ou commercial ;
– établissements agricoles ;
– offices publics ministériels ;
– professions libérales ;
– sociétés civiles ;
– associations de droit privé ;
– syndicats professionnels d'employeurs ou de salariés ;
– mutuelles ;
– entreprises publiques à statut, sous réserve des nécessités de la notion de service public ;
– services publics, pour le personnel employé dans les conditions de droit privé (gardiens, nettoyage, caisses de Sécurité sociale)... Aucun seuil d'effectif n'est exigé. Ces textes s'appliquent également à la femme de ménage d'un particulier.

Une sanction invoquant « la bonne marche de l'entreprise » est-elle valable ?

L'entreprise est une institution dirigée par l'employeur qui a pour mission de bien la mener. Le pouvoir disciplinaire, donc le pouvoir de sanctionner, est l'attribut nécessaire de l'autorité du chef d'entreprise. L'employeur peut donc justifier une sanction pour la seule raison qu'elle serait dictée par les exigences de la bonne marche de l'entreprise. En pratique, sur ce plan, il est seul juge. C'est ainsi qu'il peut sanctionner des petits retards répétés le matin, alors que le salarié reste tard le soir, car il peut invoquer la nécessaire discipline inhérente à toute organisation.

Le principe du non-cumul des sanctions est-il imparable ?

En principe, oui. La deuxième sanction serait jugée sans cause réelle et sérieuse par le tribunal et ouvrirait ainsi droit à dommages et intérêts pour le salarié. Mais si l'employeur invoque un nouveau fait fautif, connu par lui depuis moins de deux mois et non sanctionné précédemment, il pourra se référer à toutes les fautes antérieures déjà sanctionnées ou non.
La jurisprudence n'exige pas qu'il s'agisse d'une récidive de la même faute.

Que peut faire un salarié licencié après une mise à pied disciplinaire pour les mêmes faits fautifs ?

Le salarié qui a déjà été sanctionné par une mise à pied disciplinaire non rémunérée, et qui se verrait être licencié, ne pourrait pas faire annuler son licenciement. À défaut d'accord avec son employeur, il pourra le citer aux Prud'hommes au motif suivant : « Demande de dommages et intérêts pour un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse à cause, notamment, d'un cumul de sanctions pour des mêmes faits estimés par l'employeur comme fautifs. »

Un employeur peut-il invoquer une faute datant de plus de deux mois, à l'appui d'une sanction ?

Oui, il peut évoquer des fautes antérieures, de plus de deux mois, à l'appui d'un nouveau fait fautif. Ceci prouverait devant un Tribunal le manque de discipline réitéré du salarié. En effet, dans ce cas, ce ne sont pas des fautes anciennes qui sont sanctionnées, mais la faute récente aggravée par les fautes antérieures. Retenons dans l'article L. 122.44 du Code du travail (rappelé ci-avant) le terme fondamental de « à lui seul ».

Y a-t-il tant de sanctions différentes dans l'entreprise ?

Oui, dans le secteur relevant du Code du travail, les règlements intérieurs prévoient souvent l'échelle des sanctions de façon large.
Mais, en revanche, les entreprises n'en utilisent que très peu :
- beaucoup d'entreprises n'utilisent, en pratique, que l'avertissement, la mise à pied et le licenciement ;
- d'autres vont même jusqu'à recommander à leurs supérieurs hiérarchiques d'expliquer oralement le plus clairement possible, à leurs collaborateurs, ce qu'ils attendent d'eux, et de ne pas hésiter à adresser des observations verbales parfois très fermes. En cas de récidive, on peut recourir à un avertissement écrit, avec le respect de la procédure d'entretien préalable pour le bon ordre du dossier. S'il y a une nouvelle faute, le licenciement est la sanction définitive ;
- il en est de même qui n'utilisent plus guère que le licenciement si, malgré les observations, le salarié n'obtempère pas.

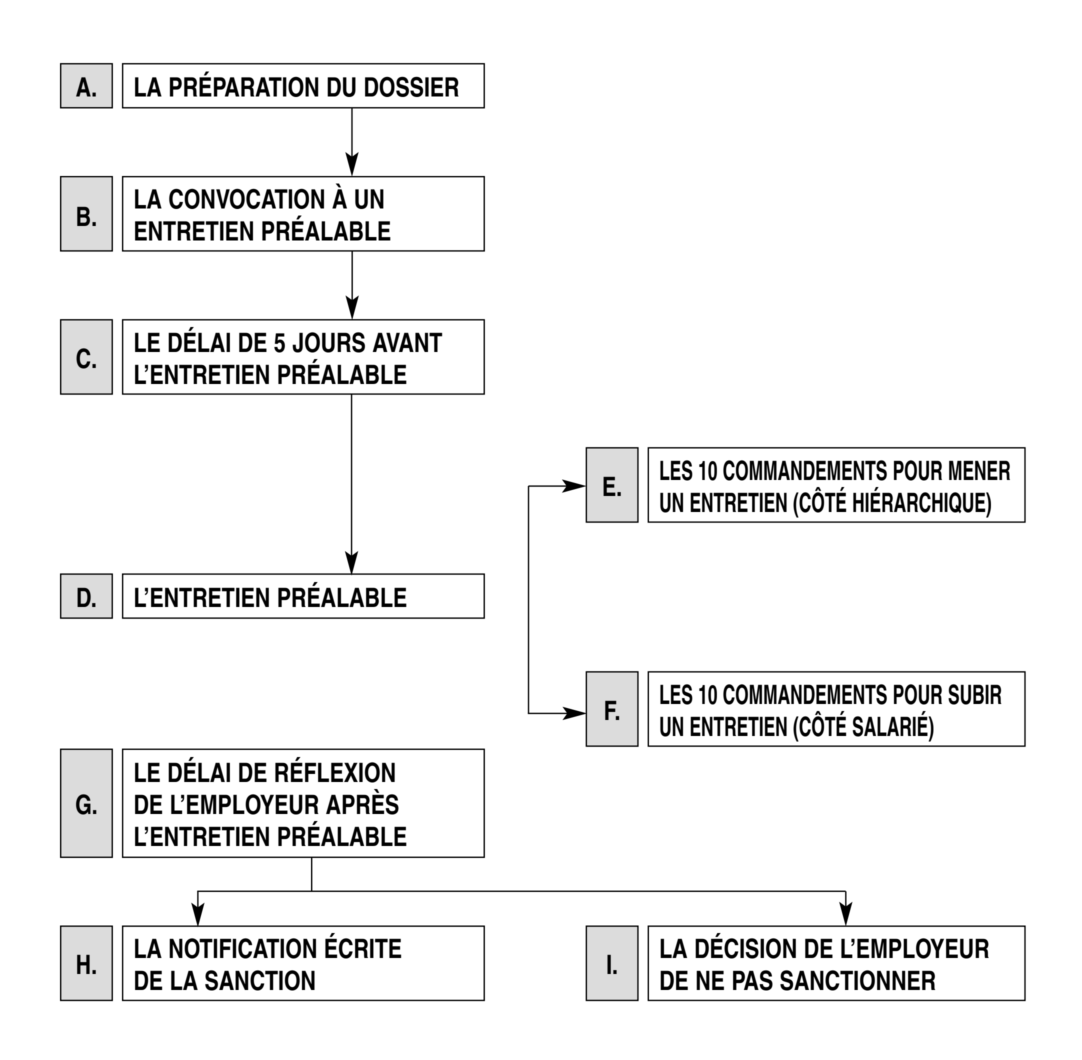
Un employeur peut-il sanctionner différemment des salariés ?

Si plusieurs salariés ont commis la même faute, rien n'empêche l'employeur de les sanctionner différemment. Une telle mesure, si elle n'est pas discriminatoire (selon l'article L.122-45 du Code du travail – sexe, mœurs, âge, syndicat, etc.), est possible, voire souhaitable. En effet, « l'équité consiste à traiter différemment ce qui n'est pas égal » (Alain) et l'employeur peut « doser » les sanctions (Cass. Soc. 14.05.1998 n° 96-41.755).

VIII

LA PROCÉDURE LONGUE POUR INFLIGER UNE SANCTION

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LA PRÉPARATION DU DOSSIER

L'employeur dispose d'un délai de deux mois maximum, après qu'il a eu connaissance du dernier fait fautif, pour préparer le dossier (art. 1332-4). C'est pour l'employeur la phase la plus importante. Il va pouvoir diligenter son enquête, recueillir les preuves, les témoignages, les faits réels et sérieux qui pourront justifier d'une sanction : fautes, négligences, insuffisances, etc. Plus de la moitié des Prud'hommes sont perdus par les employeurs qui ont négligé cette préparation alors qu'ils ont deux mois.
L'employeur, dans cette phase de préparation, va :
– définir la ou les fautes récentes reprochées au salarié, en procédant à une enquête auprès du hiérarchique ou des témoins ;
– étayer chacune de ces fautes par des faits réels et sérieux, fait, jour, heure, lieu, témoins, conséquences dommageables pour l'entreprise ;
– rédiger un projet de lettre de sanction ou de licenciement ;
– après ceci, entamer la procédure légale.

B. LA CONVOCATION À UN ENTRETIEN PRÉALABLE

C'est une lettre :
– soit adressée au salarié en R.A.R. ;
– soit remise en mains propres, le salarié devant porter alors la mention manuscrite « reçu original le » suivie de la date et de sa signature sur un double.

Modèle-Type

M…. Destinataire (et adresse)

Un certain nombre de faits fautifs récents nous conduisent, après une sérieuse enquête, à devoir envisager à votre égard une sanction disciplinaire.
Variante : « une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement ».

En application de l'article L. 1332-2 du Code du travail :
– nous fixons cet entretien préalable au (date et heure) à (lieu) ;
– et vous rappelons que vous pourrez vous faire assister par un salarié de votre choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Veuilllez….

NOM et qualité du signataire Date

Un salarié dont le contrat de travail est suspendu, hors congés payés, (maladie, maternité, congé parental, inaptitude physique… peut être convoqué à un entretien préalable (Cass. Soc. 25.11.1992, R.J.S. 1/93, n° 23).

C. LE DÉLAI DE 5 JOURS AVANT L'ENTRETIEN PRÉALABLE

Il s'agit d'un délai minimum de 5 jours ouvrables entre :

– la date de remise en main propre, (ou la date de première présentation par La Poste), de la lettre de convocation ;
– et la date de l'entretien préalable (art. L. 1332-2).

Le dimanche, qui n'est pas un jour ouvrable, n'est pas décompté, et le jour de la première présentation par La Poste non plus, (Cass. Soc. 20.02.2008 n° 06-40.949 P + B).

L'employeur ne peut interdire au salarié de se présenter au travail, sauf en cas de mise à pied conservatoire si un licenciement est envisagé.
Le salarié peut demander à son employeur de ne pas venir travailler, pour préparer son propre dossier en sollicitant de son employeur de décompter ces jours sur ses droits à congés payés ou à R.T.T.

D. L'ENTRETIEN PRÉALABLE

Si le salarié peut se faire assister par une personne de l'entreprise, l'employeur aussi.
Contrairement à la rupture conventionnelle où l'assistance de l'employeur est subordonnée au choix du salarié de se faire assister, rien de tel n'est prévu pour une sanction.

Cet entretien a deux phases qu'il convient de respecter, même si dans la pratique il s'agit souvent d'un Libre dialogue :

– l'explication des motifs de la sanction envisagée que l'employeur, ou son représentant, énumérera ;
– le recueil des explications ou des contestations du salarié qui présentera ses arguments de défense.

Dans certaines entreprises, un usage interne veut que l'entretien préalable

fasse l'objet d'un « compte-rendu d'entretien » sur lequel sont résumées les deux phases précitées, et qui est signé par les deux parties et les assistants.
L'avantage est d'éviter de part et d'autre, une interprétation ultérieure non fidèle, et de tenter une conciliation écrite de points de vue souvent antagoniste en la matière.

Le fait que le salarié se fasse assister évitera des divergences trop flagrantes des faits et fautes reprochés dans la suite de la procédure, car en cas de prud'hommes, l'assistant pourrait témoigner.
Son rôle, plutôt passif, est de prendre des notes, puis de rédiger un compte-rendu d'entretien.

Le DRH d'un Groupe peut assister l'employeur d'une filiale ou mener l'entretien concernant le responsable de la filiale.

E. LES 10 COMMANDEMENTS POUR MENER UN ENTRETIEN (CÔTÉ HIÉRARCHIQUE)

– Préparer les conditions matérielles, ne pas être dérangé, fermer le téléphone, endroit calme…
– Soigner l'accueil, accueil franc, ouvert, correct, être maître et sûr de soi.
– Aborder chaque thème successivement et écouter les arguments du salarié. Ne pas dresser un catalogue des faits reprochés.
– Écouter le salarié et l'inviter à s'expliquer, manifester son désir de comprendre, avoir du respect pour son point de vue, garder son calme, mais savoir répéter son avis de façon ferme et claire.
– Ne jamais se justifier, ne pas parler pour soi-même mais pour être compris, ne pas se justifier sur les critiques portées. Relever au contraire combien ces critiques sont le signe d'une insatisfaction du salarié.
– Exprimer ses souhaits d'amélioration fermement, en effet un salarié normal veut bien faire des efforts, mais il souhaite savoir lesquels. Bref, savoir ce que l'on veut et l'exprimer clairement sans agressivité.
– Se limiter aux aspects professionnels, ne pas traiter des relations affectives, ramener aux faits fautifs et aux aspects professionnels.
– Se souvenir que le silence est d'or, savoir se taire, écouter, et se méfier des mots qu'on emploie, ne pas être désobligeant.
– Convenir ensemble d'objectifs de progrès, pour un entretien hors licenciement, il faut se cantonner à un ou deux objectifs très concrets. Faire reformuler le salarié sur ceux-ci pour être sûr qu'il a bien compris.
– Ne pas prolonger inutilement l'entretien.

F. LES 10 COMMANDEMENTS POUR SUBIR UN ENTRETIEN (CÔTÉ SALARIÉ)

– Bien préparer son dossier.
– Choisir entre se faire assister ou non. Tout est affaire de circonstance.
– Se contrôler lors de l'entretien, garder son calme et tenter de dominer son émotion,
– Rester courtois, ne pas se laisser entraîner dans des procès d'intention.
– Ramener toujours aux faits et fautes reprochés. Ne pas hésiter à corriger des affirmations erronées. En effet, le hiérarchique a eu une version qui n'est peut-être pas celle du salarié. En Aubrac un adage dit « Qui n'entend qu'une cloche, n'entend qu'un son. »
– En cas de contestation claire, contester les faits. Rester factuel. Donner des explications, se justifier.
– Écarter les aspects affectifs, rester sur des faits professionnels.
– Rappeler son passé.
– Rappeler que le pardon et la mansuétude sont des qualités appréciées par les salariés.
– Promettre des améliorations que l'on pourra tenir.
– Prendre congé cordialement à la fin de l'entretien.

G. LE DÉLAI DE RÉFLEXION DE L'EMPLOYEUR

La sanction, (ou le licenciement non économique), ne peut être notifiée que dans une double limite définie par l'article L. 1332-2 : « La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle est motivée et notifiée à l'intéressé ».

« Lorsque le dernier jour de ce délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. » (art. R. 1332-3)

L'exception serait lorsqu'une convention collective prévoit la réunion préalable d'un conseil de discipline par exemple, cette convocation du conseil interrompt le délai, sous réserve que l'employeur en ait averti le salarié avant l'expiration de ce délai. (Cass. Soc. 10.05.2006 n° 05-43.843 P), à défaut le licenciement ou la sanction est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

H. LA NOTIFICATION ÉCRITE DE LA SANCTION

La notification doit être écrite :
– en France, et dans les pays où cette forme existe et fonctionne, il est conseillé d'adresser une lettre recommandée avec accusé de réception ;
– toutefois, dans certains pays où cette forme est impossible à employer (chantier au fin fond du désert libyen, par exemple) ou dans toutes autres circonstances, la forme de remise contre décharge est légale.
  Le salarié porte la mention manuscrite : « Reçu l'original le... » suivie de sa signature et de la date.

L'employeur a intérêt à motiver la sanction de façon très précise, car dans le cas où cette pièce serait produite en justice, les faits les étayant et les fautes reprochées ne pourront être que ceux définis dans la lettre de notification et évoqués lors de l'entretien préalable.

Modèle-type de notification d'une sanction

Lettre R.A.R. (ou remise contre décharge)

Date
Destinataire (et adresse)

M…

Lors de notre entretien préalable du..... vous ont été exposés les faits fautifs qui nous avaient amenés à devoir envisager à votre encontre une sanction disciplinaire.

Nous vous résumons pour le bon ordre, ces faits fautifs :

(Énumération des fautes reprochées et des faits réels et sérieux)

Compte tenu des explications que vous nous avez fournies lors de cet entretien, et après un temps de réflexion de notre part, nous avons le regret de vous notifier par la présente :

– un avertissement qui sera conservé dans votre dossier dans les limites légales.
variante : un dernier avertissement avant la résiliation de votre contrat de travail dans le cas où votre comportement persisterait ;
variante : une mise à pied disciplinaire non rémunérée du.... au....

Nom, Qualité, Signature.

Les avertissements, rappels ou mises en garde antérieurs, adressés par courriel ont tout à fait valeur de sanctions. Mais dans cette affaire, l'employeur ayant licencié le salarié pour les mêmes faits qu'il jugeait fautifs, la Cour de cassation a justement rappelé qu'il ne pouvait y avoir sanction cumulative (Cass. Soc. 06.03.2007 n° 05-43.698).

I. LA DÉCISION DE L'EMPLOYEUR DE NE PAS SANCTIONNER

Il n'y a aucune obligation pour l'employeur de prendre une sanction après un entretien préalable. En ce cas, en informer verbalement le salarié.
Parfois, la convocation et l'entretien suffisent pour rétablir une situation qui dérivait.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Les procès relatifs aux sanctions sont rares (0,3 % des Prud'hommes).
En vertu de l'article L.122-43 du C.T., le juge est compétent pour annuler une sanction irrégulière en la forme.
Son pouvoir, ne se limite pas au respect de l'article L.122-41 et donc de la procédure décrite ci-dessus, il s'étend aux cas de non-respect des règles de procédures conventionnelles ou statutaires qui accordent aux salariés des avantages supérieurs à la Loi. (Cass. Soc. 07.05.1996. EDF).

QUESTIONS / RÉPONSES

Que peut faire un salarié se trouvant dans l'impossibilité de se présenter à l'entretien préalable ?

Il peut se faire représenter s'il se trouve dans l'impossibilité justifiée de se déplacer et de se rendre personnellement à l'entretien, notamment en cas d'hospitalisation ou de maladie.
Conseil : dans un cas justifié, il peut appeler l'employeur et tenter d'obtenir un report de rendez-vous. En cas de refus de l'employeur, il peut confirmer par écrit qu'il ne pourra se déplacer (envoi d'un arrêt de travail, par exemple) et qu'il a l'intention de se faire représenter.

Que peut faire un employeur dans le cas où le salarié ne s'est pas présenté à l'entretien préalable ?

Le principe est que, si le salarié, régulièrement convoqué, ne s'est pas présenté à l'entretien préalable, l'employeur peut poursuivre la procédure.
Conseil : ce n'est jamais l'intérêt du salarié de fuir un entretien préalable qui justement est obligatoire, pour qu'il puisse se défendre et s'expliquer. De plus, les fautes invoquées dans la notification de la sanction étant limitées à celles débattues lors de l'entretien préalable, le salarié a intérêt, soit à s'y rendre,

soit à s'y faire représenter. Dans le cas où, manifestement, le salarié ne peut se rendre à l'entretien (hospitalisation par exemple), l'employeur peut lui notifier les motifs de la sanction envisagée et lui préciser qu'il a quelques jours pour présenter ses observations. Après ce délai, l'employeur pourra notifier la sanction.

Que se passe-t-il si le salarié n'est pas allé chercher sa lettre recommandée de convocation ?

Dans le cas où l'employeur a adressé cette lettre à l'adresse du salarié officiellement connue par lui, la procédure suit son cours.
Exemple : un salarié avait depuis quelque temps quitté le domicile conjugal, mais avait dissimulé à son employeur sa nouvelle adresse. Il a été jugé régulièrement convoqué. En revanche, dans le cas où l'employeur se serait trompé d'adresse, il devrait recommencer la procédure et adresser une nouvelle convocation. Il en va de même pour beaucoup de juges, lorsque le salarié malade est manifestement « cloué au lit ».

Par qui le salarié peut-il se faire assister lors de l'entretien ?

Le salarié a le droit, s'il le souhaite, de se faire assister par un autre salarié de la même entreprise que lui. Il peut choisir un représentant du Personnel (délégué du Personnel ou membre du Comité d'Entreprise) ou un représentant d'un syndicat (délégué ou représentant syndical interne). Il peut choisir toute autre personne de l'entreprise, mais jamais une personne extérieure dès lors qu'il y a des délégués. Dans les très petites entreprises (T.P.E.), dépourvues de délégués, il peut se faire assister d'un «conseiller extérieur» dont il trouvera les coordonnées à l'inspection du Travail ou à la mairie.

L'employeur peut-il lui aussi se faire assister ?

Oui, si cette assistance « ne porte pas atteinte aux intérêts du salarié ». Dans la pratique, l'employeur peut lui aussi se faire assister d'une personne de l'entreprise. Généralement le supérieur hiérarchique direct du salarié ou le gestionnaire du Personnel. Cependant, il a été jugé qu'un employeur qui s'était fait assister de deux collaborateurs avait porté atteinte aux intérêts du salarié « qui n'avait, lui, pas la possibilité de se faire assister que d'un salarié »... D'autre part, l'employeur ne peut se faire assister d'un conseiller extérieur à l'entreprise (Cass. Soc. 20.06.1990.).

Que peut faire un salarié convoqué trop rapidement ?

Si le salarié n'a pas le temps (1 ou 2 jours, par exemple) de prendre les contacts nécessaires pour se faire assister et préparer son dossier, il peut :

– le signaler à son employeur et lui demander de bien vouloir reporter d'un jour ou deux cet entretien en lui faisant valoir, le cas échéant, que c'est l'intérêt de l'entreprise pour lui éviter un risque d'annulation de la sanction ;
– s'il ne l'obtient pas de son employeur, le salarié pourra citer l'employeur devant les Prud'hommes pour « précipitation dans la procédure ».

Que peut faire un salarié à qui l'employeur demande de porter la mention « lu et approuvé » sur une sanction ?

Naturellement, si le salarié n'a aucune contestation à formuler sur les fautes et faits reprochés, et si de plus, il échappe ainsi à une sanction plus grave, il peut porter cette mention. Dans le cas où il contesterait certains éléments ou s'il a des réserves sur la proportionnalité entre les faits reprochés et la sanction notifiée, il n'a aucun intérêt à porter cette formule.

Que peut faire un salarié qui conteste des fautes ou des faits justifiant une sanction qui lui a été notifiée ?

Il a intérêt à adresser à son employeur une lettre recommandée dans laquelle il contestera tel ou tel fait – ou faute – invoqué dans la lettre de sanction qu'il a reçue. L'erreur la plus fréquemment commise est d'adresser une longue lettre, parfois polémique et agressive. Généralement, l'état de tension dans lequel il est (s'il ressent une injustice, une non-proportionnalité entre les fautes et la sanction), fait qu'il ne prend pas assez le soin de « tourner sept fois sa plume dans l'encrier avant d'écrire... ». Ainsi, souvent, il s'enferre dans des développements qui risquent de le desservir. Il â intérêt à rester sibyllin et court ou se faire assister d'un avocat.

L'insuffisance professionnelle peut-elle faire l'objet d'une sanction ?

Oui, si l'exécution défectueuse (ou l'inexécution) des obligations contractuelles du salarié procède d'un comportement fautif de sa part.

Exemples : réduction volontaire d'activité ; zèle excessif et momentané ayant pour but de paralyser un atelier, un service, un chantier, négligences...

La sanction prise à l'encontre du salarié est alors justifiée non par l'insuffisance, mais par une faute.

Non, dans les autres cas, car il n'y a pas de faute si l'insuffisance résulte :

– de l'inaptitude physique ou intellectuelle du salarié ;
– de la gestion ou de l'organisation défectueuse du service, de l'établissement... ;
– de la situation économique qui ne permet pas à un salarié d'atteindre les objectifs fixés ;

– de l’absence de formation à la suite d’un changement technologique ou d’organisation...

En revanche, une « insuffisance professionnelle irrémédiable » pourra justifier un licenciement.

Que se passe-t-il si le salarié refuse la sanction ?

Si le salarié conteste la sanction, ou la trouve disproportionnée par rapport aux faits reprochés, il peut :

– tenter de trouver un terrain d’entente avec sa hiérarchie ;
– à défaut, citer l’employeur devant les Prud’hommes. Mais il ne peut refuser une sanction en l’attente du jugement. Le refus d’une sanction constituerait en effet une faute grave au seul motif du refus d’une sanction.

Exemple : refus d’une mise à pied ou d’une mutation disciplinaire.
Mais en aucune façon, sans la volonté non équivoque du salarié de démissionner, le refus d’une sanction ne peut être interprété par l’employeur comme une démission. Il doit respecter la procédure de licenciement (Cass. Soc. 09.10.1991).

Qu’en est-il lorsqu’il existe une procédure disciplinaire conventionnelle avec conseil de discipline ?

L’application d’une telle procédure, telle la parution du salarié devant un conseil de discipline, ne dispense pas l’employeur de respecter la procédure légale et donc de convoquer à un entretien préalable (Cass. Soc. 07.05.1996, R.J.S. 7/96 n° 793).
Attention le délai d’un mois court à partir de l’avis du conseil de discipline et non de la date de l’entretien préalable (Cass. Soc. 04.05.1996, R.J.S. 6/95 n° 630).

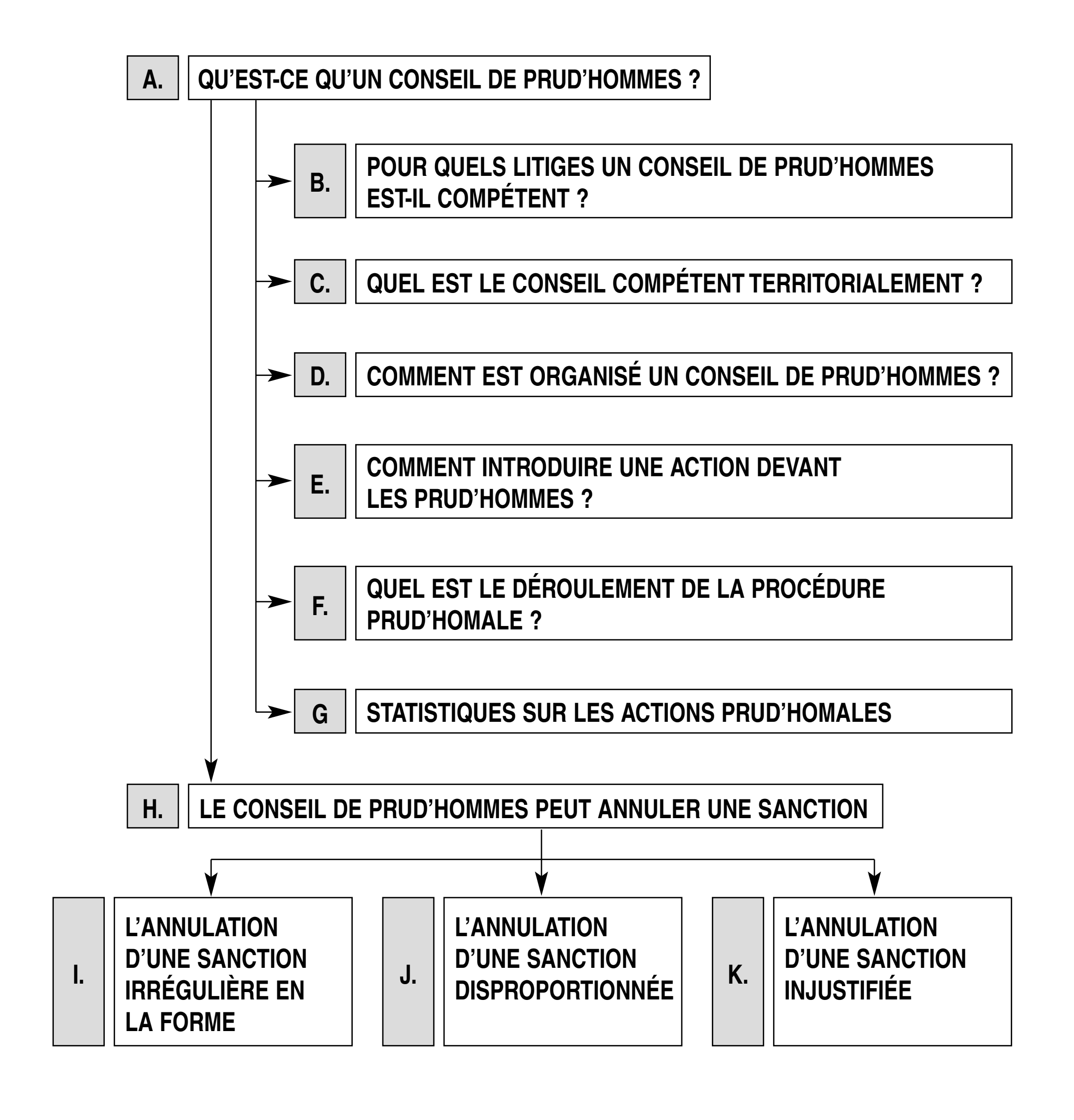
Le délai de 2 mois mentionné au § A est-il suspendu en cas de maladie du salarié ?

Non, dit la Cour de cassation, ce délai n’est ni interrompu, ni suspendu du fait de la maladie du salarié (Cass. Soc. 13 07.1993, R.J.S. 10/93, n° 985), ni d’ailleurs du fait d’un accident du travail ou d’une maladie professionnelle (Cass. Soc. 17.01.1996, R.J.S. 3/96, n° 285).
Le fait que cet arrêt entraîne des difficultés au salarié pour se déplacer n’oblige pas l’employeur à procéder à une nouvelle convocation (Cass. Soc. 25.12.1992, R.J.S. 1/93 n° 23).

IX

LE CONTENTIEUX PRUD'HOMAL

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

Déjà sous Charlemagne...

Charlemagne s'entourait de conseillers « preud'hommes », des sages de bons conseils, dont son fidèle Roland.

Sous l'Ancien Régime, dans chaque corporation étaient désignés :
- par les maîtres, des personnes avisées, de bons conseils,
- par les Compagnons, d'excellents professionnels, sages et avisés.

Les Conseillers « preud'hommes », qui siégeaient en commissions paritaires, fixaient au sein de chaque métier (chaque corporation) :
- ce que l'on devait faire lorsqu'on était un professionnel,
- ce que l'on ne pouvait pas faire.

Ils tentaient de concilier les parties et à défaut arbitraient les litiges.
La loi Le Chapelier de 1791 a aboli les corporations, mais Napoléon en 1806 a recréé, sous une nouvelle forme, les Conseils de Prud'hommes.

A. QU'EST-CE QU'UN CONSEIL DE PRUD'HOMMES ?

En France, il y a 270 Conseils de Prud'hommes électifs et paritaires.
Un Conseil est la seule juridiction compétente pour régler d'abord par voie de conciliation, et à défaut, par voie de jugement les différends individuels s'élevant à l'occasion du travail :
- entre un salarié et son employeur (98,9 % des cas) ;
- entre un employeur et son salarié (0,8 % des cas) ;
- entre deux salariés (0,3 % des cas).

Les juges, appelés « Conseillers prud'hommes », ne sont pas obligatoirement des juristes professionnels, ils sont élus tous les cinq ans :
- par les salariés pour les juges salariés ;
- par les employeurs pour les juges employeurs.

L'élection des Conseillers prud'hommes

Ils sont élus pour 5 ans, (la dernière élection était fin 2008), ils sont renouvelables. Les électeurs votent par collège dans la section à laquelle ils sont rattachés. Par exemple les cadres votent en sections encadrement.

B. POUR QUELS LITIGES UN CONSEIL DE PRUD'HOMMES EST-IL COMPÉTENT ?

Le Conseil de Prud'hommes est compétent pour régler par voie de conciliation ou par voie de jugement les différends individuels nés à l'occasion du contrat de travail entre employeurs et salariés ou entre salariés.

Pour qu'il soit compétent, 4 conditions doivent être réunies :

– un contrat de travail oral ou écrit doit exister ;
– le litige doit être né à l'occasion de ce contrat ;
– le litige doit être d'ordre individuel (plusieurs salariés peuvent avoir individuellement le même litige mais chacun d'eux, individuellement, doit citer aux Prud'hommes) ;
– l'activité professionnelle de l'employeur ou du salarié doit entrer dans la compétence du conseil.

Il en existe au moins un dans chacun des 181 Tribunaux de Grande Instance.

C. QUEL EST LE CONSEIL COMPÉTENT TERRITORIALEMENT ?

Le Conseil des Prud'hommes territorialement compétent est, pour un salarié employé en France :

– si le salarié travaille dans un établissement, le Conseil compétent est celui qui est dans le ressort duquel est situé l'établissement et où le travail est effectué ;
– si le salarié travaille de façon habituelle dans plusieurs établissements, le Conseil compétent est celui qui est dans le ressort duquel s'effectuait le travail lorsque le litige est né ;
– si le salarié travaille en dehors de tout établissement (cas des V.R.P. des artistes, des travailleurs à domicile, des télétravailleurs...) le Conseil compétent est celui du domicile du salarié ;
– si le salarié travaille à la fois dans un établissement et en dehors, le Conseil compétent est celui qui est dans le ressort duquel est situé l'établissement ou le travail s'effectuait.

Mais un salarié peut toujours saisir le Conseil de Prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi.

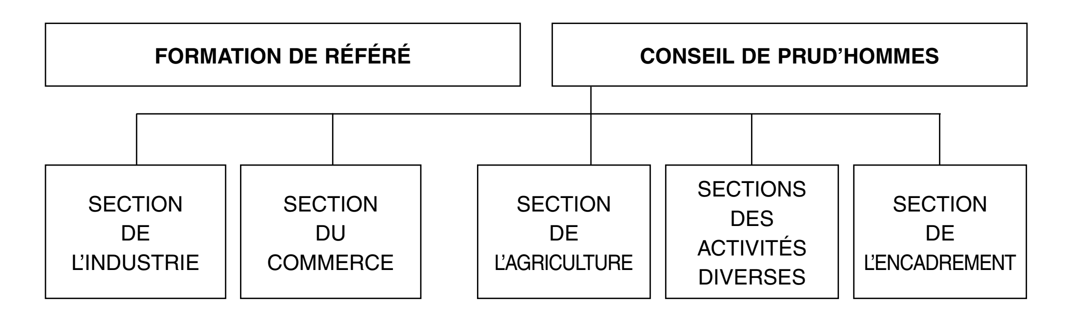
Toute clause attributive de juridiction qui dérogerait aux présentes dispositions est réputée non écrite, même si elle avait été approuvée.
Ces compétences ne s'appliquent pas pour un salarié exerçant ses fonctions hors de France, où il peut y avoir des clauses attributives de juridictions, et où des règles spécifiques sont prévues.

D. COMMENT EST ORGANISÉ UN CONSEIL DE PRUD'HOMMES ?

Les 271 Conseils de Prud'hommes sont des juridictions :

- électorales : les conseillers prud'homaux sont élus tous les 5 ans par les salariés et les employeurs ;
- paritaires : à tous les échelons de l'organisation des prud'hommes, il existe un nombre égal de conseillers salariés et de conseillers employeurs. D'ailleurs la présidence et la vice-présidence du Conseil et de ses sections alternent entre les conseillers salariés et employeurs.

Au moins un Conseil de Prud'hommes est créé dans le ressort de chaque tribunal de grande instance.
Il est divisé en 5 sections autonomes. Il comporte obligatoirement une formation commune de référé.



Un cadre, quels que soient son métier et sa branche professionnelle, relève de la section « encadrement ».
Les non-cadres, relèvent de la section correspondant à l'activité de leur employeur.

Une section peut être divisée en plusieurs chambres (Paris par exemple).

Chaque section ou chaque chambre comprend au moins 4 conseillers prud'hommes salariés et 4 conseillers prud'hommes employeurs.
Chaque section ou chaque chambre comporte au moins trois formations :

LE BUREAU DE CONCILIATION	LE BUREAU DE JUGEMENT	LA FORMATION DE RÉFÉRÉ

Le bureau de conciliation : la première phase, dans une procédure prud'homale, est toujours une tentative de conciliation entre l'employeur et le salarié. Les séances ne sont pas publiques, il y a 2 conseillers prud'hommes. Les deux parties doivent être présentes, et peuvent se faire assister. En cas de non-conciliation, les conseillers fixent généralement immédiatement une date de jugement.

Le bureau de jugement. En cas de non-conciliation, se réunit plus tard un bureau de jugement composé de 4 conseillers prud'hommes. Les séances sont alors publiques, chacun peut y assister, les parties doivent également être présentes et peuvent se faire assister.
Lorsqu'aucune majorité ne se dégage entre les 4 conseillers, la séance est reprise plus tard avec la présence d'un juge d'instance, un vrai professionnel lui, qu'on appelle « juge départiteur ».

La formation de référé. La formation de référé est composée d'un conseiller salarié et d'un conseiller employeur. En cas d'urgence, elle peut ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse. Ses décisions provisoires sont des mesures conservatoires de nature à remédier à un état de crise conflictuelle ou à un dommage imminent, à faire cesser un trouble manifestement illicite sans pour autant trancher le fond du litige, ni fixer les droits des parties. Les parties doivent être présentes et peuvent se faire assister. Enfin, chaque Conseil a donc une formation de référé commune à l'ensemble des sections, elle se réunit au moins une fois par semaine pour certains points urgents de son ressort.

L'appartenance à l'une de ces sections est déterminée :
– pour l'employeur par son activité principale ;
– pour le salarié par l'activité principale de l'entreprise (sauf pour la section de l'encadrement qui concerne les cadres et assimilés, les ingénieurs et les V.R.P.).

En cas de litige pour la détermination de la section compétente, c'est le président du Conseil de Prud'hommes qui décide.
Les frais de fonctionnement des Conseils de Prud'hommes sont à la charge de l'État. Les locaux sont fournis par le département. Hormis les frais d'avocat, tant pour le salarié que pour l'employeur, cette instance est gratuite et n'est pas soumise au « Droit de plaidoirie » égal 8,84 € en 2003.

E. COMMENT INTRODUIRE UNE ACTION DEVANT LES PRUD'HOMMES ?

Le salarié a trois solutions :

- y aller seul. Il suffit qu'il se rende au Secrétariat du Conseil de Prud' hommes, demande l'imprimé de « Demande de conciliation devant le bureau de conciliation », le complète et le remette. Il peut aussi l'adresser par lettre R.A.R. (art. R. 516-9 du C.T.) ;
- il peut faire transiter son dossier par le Syndicat de son choix, surtout s'il était cotisant ;
- enfin, cas le plus fréquent, il demande l'assistance d'un Avocat.

Il est bien évident que seulement dans ces deux derniers cas, le salarié bénéficiera d'une assistance pour énumérer et chiffrer ses demandes, ce qui n'est jamais si évident.

F. QUEL EST LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE PRUD'HOMALE ?

Sa particularité réside dans le fait qu'elle se déroule en deux temps :

- **une phase de conciliation**, au cours de laquelle, en audience non-publique, deux Conseillers essaient de concilier les parties ;

- **une phase de jugement :** après avoir entendu les arguments des parties, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un avocat, d'un délégué syndical, d'un délégué du personnel ou du conjoint, le Conseil peut s'estimer insuffisamment informé et ordonner des mesures « avant dire droit » comme une enquête ou une expertise.

Le référé prud'homal permet d'obtenir une décision d'urgence. Il peut prescrire les mesures conservatoires pour prévenir un dommage ou un trouble manifestement illicite. Les décisions de référé sont provisoires. Elles sont immédiatement exécutoires.

Une procédure d'urgence est mise en place pour les litiges relatifs aux licenciements pour motif économique.
La section compétente ou la chambre spécialisée pour ces litiges doit statuer en urgence :

– la tentative de conciliation devrait être effectuée dans les 3 semaines suivant la saisine du Conseil de Prud'hommes. En pratique il faut la plupart du temps compter de 1 à près de 3 mois ! L'employeur doit fournir dans les 8 jours suivant la convocation à la conciliation, les éléments d'information fournis aux représentants du personnel ;

– le bureau de jugement devrait statuer dans les 6 mois suivant le début de l'instance. En pratique, avec près de 200 000 actions par an, les Prud'hommes sont débordés et les délais réels sont bien plus longs.

En séance de jugement, des incidents peuvent intervenir :

– les juges peuvent désigner un (ou deux) conseiller rapporteur qui analysera le dossier et les pièces, puis convoquera les parties et devrait donner son rapport dans les 3 mois au plus tard.

– les juges peuvent ne pas se décider et trouver une solution acceptée à la majorité, (ils sont quatre), dans ce cas la séance est renvoyée à plus tard, on dit qu'il y aura « départage », en effet aux quatre juges élus s'ajoutera un juge professionnel : le juge départiteur.

Les conseillers prud'homaux salariés bénéficient de la même protection en matière de licenciement que celle accordée aux membres du comité d'entreprise.

LA PROCÉDURE PRUD'HOMALE

SECRÉTARIAT

SAISINE DU CONSEIL

— soit directement, soit par l'intermédiaire d'un avocat ou d'un représentant ;

— le greffier donne à remplir un imprimé où il faut indiquer l'adresse des parties et les demandes chiffrées.

Envoi d'une convocation devant le bureau de conciliation par le greffier du conseil.

BUREAU DE CONCILIATION

AUDIENCE DE CONCILIATION

audience non-publique, 2 conseillers.

Les parties doivent être présentes mais elles peuvent se faire assister par :

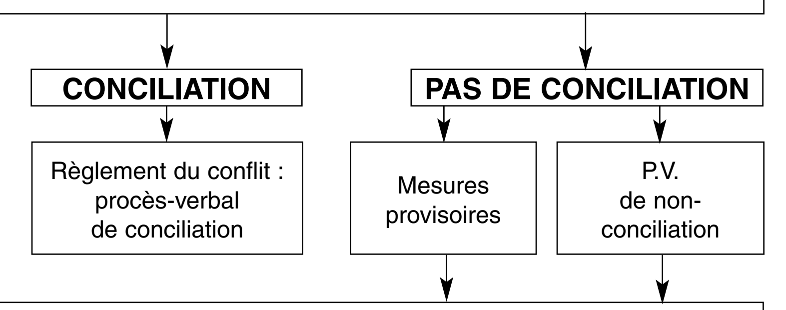
— un avocat,

— ou un délégué syndical permanent,

— ou un salarié ou un employeur appartenant à la même branche,

— ou le conjoint,

— ou, pour l'employeur, par un membre de l'entreprise ou de l'établissement, muni d'un pouvoir du chef d'entreprise.



BUREAU DE JUGEMENT

AUDIENCE DE JUGEMENT

Audience publique, au moins 4 conseillers (2 employeurs – 2 salariés). Les parties peuvent se faire représenter par les mêmes personnes que ci-dessus ; elles doivent être munies d'un pouvoir, à l'exception de l'avocat.

Si une majorité ne se dégage pas pendant ce délibéré, l'affaire revient devant 5 juges : le 5e juge est un juge du tribunal d'instance qui prend le nom de « juge départiteur ».

JUGEMENT

G. LES STATISTIQUES SUR LES ACTIONS PRUD'HOMALES

166.793 affaires jugées en 2004 (dont 26 % en référé et 64 % d'appels par an). 207.770 affaires déposées.

Les demandeurs aux prud'hommes
- Le salarié, dans plus de 98 % des cas
- L'employeur cite très rarement (un peu plus de 1 % des cas)
- Syndicat (0 % des cas)
- Pour l'anecdote, 0,3 % des Prud'hommes sont intentés par un salarié contre un autre salarié !

Durée moyenne du règlement des affaires : 13,8 mois environ
- 8 % en moins de 6 mois (22 Conseils)
- 67 % en moins d'un an
- 25 % en plus de 1,8 mois

Procédure d'appel : plus de 16 mois en plus, en moyenne.

Durée de l'action prud'homale
- Moins de 6 mois : Mazamet, Bolbec, Saint-Omer, Sens, Fécamp, Figeac, Thiers, Issoudun, Manosque, Forbach, Beaune, Saint-Pierre de La Réunion…
- 9 mois : Saint-Germain-en-Laye, Bastia, Longwy, Castres.
- 11 mois : Paris, Bobigny, Meaux, Le Mans, Arras…
- 15 mois : Corbeil, Annecy, Melun, Metz, Lyon…
- 17 mois : Strasbourg, Amiens, Longjumeau, Toulouse, …
- 18 mois : Boulogne-Billancourt, Marseille, Chambéry, …
- 20 mois : Fontainebleau, Dunkerque, Pointe-à-Pitre…
- 22 mois : Nanterre, et plus de 2 ans : Fort-de-France, Basse-Terre et Nanterre (26 mois en encadrement !)

Résultats :

– Demandeur débouté :	13,4 % *(C'est-à-dire que le procès est perdu et arrêté).*
– Demandeur avec résultat positif :	64,5 %
– Conciliation ou transaction :	26,8 %

Assistance / Représentation du défendeur

– Seul	16 %
– Avec Avocat :	77 %
– Avec famille, représentant de l'employeur	6 %
– Avec représentant syndical patronal	1 %

Assistance / Représentation du demandeur

- Seul *(le salarié ne gagne que dans 23,4 % des cas)* : 18,3 %
- Avec Avocat *(le salarié gagne dans 57,7 % des cas)* 58,1 %
- Avec Délégué syndical 21,7 %
- Avec représentant syndical patronal 1,9 %

% de salariés saisissant les prud'hommes :

– 2,5 % des salariés licenciés pour motif économique, saisissent les Prud'hommes.
- 65,4 % des demandes portent sur les licenciements pour motif personnel.
- 25 % portent sur les rémunérations ou le paiement d'heures supplémentaires.
- 0,3 % portent sur l'annulation



H. LE CONSEIL DE PRUD'HOMMES PEUT ANNULER UNE SANCTION

Le Code du travail précise (art. L. 122.43 du C.T.) : « En cas de litige, le Conseil de prud'hommes apprécie :

- la régularité de la procédure suivie ;
- et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. »

L'employeur doit fournir au Conseil de Prud'hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre une sanction. Au vu de ces éléments et de ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le Conseil de Prud'hommes forme sa conviction, après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

I. L'ANNULATION D'UNE SANCTION IRRÉGULIÈRE EN LA FORME

Si le formalisme de la sanction écrite n'a pas été scrupuleusement respecté, le Conseil de Prud'hommes peut annuler la sanction. Naturellement, la régularité de la procédure est subordonnée à l'existence d'une faute commise par le salarié. Dans ce cas, l'employeur pourrait recommencer la procédure et infliger à nouveau une sanction.

J. L'ANNULATION D'UNE SANCTION DISPROPORTIONNÉE

Le Conseil de Prud'hommes peut annuler une sanction qu'il jugerait disproportionnée à la faute commise (sauf en cas de licenciement). Il s'agit en fait, pour lui, de vérifier la disproportion et non la proportion. Par exemple, lorsqu'il y a démesure, lorsque la sanction est déraisonnable par rapport aux faits fautifs.

Exemple : un retard de 5 minutes un matin, pour un salarié n'ayant jamais été sanctionné depuis 15 ans, ne peut justifier à lui seul une mise à pied (mais seulement un avertissement, par exemple). Dans ce cas, l'employeur pourrait recommencer la procédure et prendre une sanction inférieure.
Un Conseil de Prud'hommes peut annuler une sanction qu'il juge disproportionnée à la faute commise mais il ne peut pas la remplacer par une sanction de moindre gravité (Cass. Soc. 23.04.1986 – 18.06.1986).

K. L'ANNULATION D'UNE SANCTION INJUSTIFIÉE

Le Conseil de Prud'hommes peut annuler une sanction qu'il estimerait injustifiée, au vu des pièces fournies par l'employeur et par le salarié. Les procédures d'appel sont possibles. Les juges vérifieront :

- que les faits reprochés sont bien réels ;
- que les faits reprochés sont bien sérieux, c'est-à-dire qu'ils sont bien fautifs ;
- que la sanction n'est pas illicite :
  - sanction pécuniaire interdite ;
  - sanction discriminatoire interdite ;
  - sanction fondée sur des faits déjà sanctionnés ;
- que la sanction n'est pas abusive.

Exemple : un employeur avait voulu licencier une salariée protégée. Après le refus de l'autorisation administrative de l'inspection du Travail, il avait proposé à cette salariée une rétrogradation avec diminution de sa rémunération. La salariée avait refusé. L'employeur l'avait alors mise à pied trois jours pour refus d'obéissance... La Cour de cassation a jugé le 21 janvier 1987 que l'employeur avait commis un détournement de son pouvoir disciplinaire. Dans ce cas, l'employeur ne peut plus prendre une sanction pour les mêmes faits fautifs.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Combien y-a-t-il d'affaires prud'homales par an, sur quels thèmes ?
Globalement, environ 200 000 affaires sont déposées par an, dont 40 000 référés (qui concernent dans 75 % des cas le paiement d'un élément de rémunération). 30 000 affaires jugées font l'objet d'un appel devant une Cour d'appel.
Dans 98 % des cas, c'est le salarié qui cite l'employeur, dans 1 % seulement des cas, c'est l'employeur qui attaque son ex-salarié devant les Prud'hommes, les cas où un salarié cite un autre salarié sont très rares.
Les motifs de recours aux Prud'hommes sont constants :

– dans 82 % des cas, c'est à l'occasion de la rupture du contrat ;
– dans 12 % des cas, c'est un élément de rémunération non payé et contesté ;
– dans 0,5 % des cas, c'est à l'occasion d'une procédure collective de liquidation ;
– dans 0,3 % des cas, c'est pour demander l'annulation d'une sanction.

QUESTIONS / RÉPONSES

Peut-on se faire représenter aux Prud'hommes ?

– L'employeur peut se faire représenter par un de ses cadres, mais obligatoirement muni d'une délégation particulière écrite, ou par un avocat qui n'a pas besoin d'une délégation écrite.
– Le salarié doit comparaître personnellement, sauf motif légitime et sérieux et justifié, telle la maladie ou un motif lié à son emploi. Dans ce cas, il pourra se faire représenter par les mêmes personnes que celles qui peuvent l'assister.

Par qui peut-on se faire assister aux Prud'hommes ?

Limitativement définis par l'article R. 1453-2 du Code du travail, employeurs ou salariés peuvent se faire assister par :

– un salarié ou un employeur appartenant à la même branche d'activité ;
– un avocat ;
– son conjoint ;
– un délégué permanent ou non d'une organisation syndicale ;
– un membre de l'entreprise pour l'employeur.

Un conseil : mieux vaut se faire assister par un spécialiste du Droit du travail, avocat ayant la mention de spécialisation « Droit du Travail » ou par un défenseur syndical pour un salarié.

Pendant combien de temps peut-on citer aux Prud'hommes ?

– 5 ans pour les salaires, les congés, les préavis, une transaction contestée et les frais.
– 30 ans pour les indemnités de licenciement et les dommages-intérêts.

Mais dans la pratique, plus il tarde, plus ses chances de gagner diminuent.

Quelle tactique peut-on recommander ?

– choisir de se faire assister par un vrai spécialiste en Droit du travail. (Un avocat ayant bien réussi le divorce d'un proche n'est pas obligatoirement qualifié en droit du travail !) ;
– bien préparer son dossier : preuves, pièces justificatives, témoignages ;
– assister à une ou plusieurs audiences publiques avant le procès. C'est gratuit, et l'on est ainsi mieux préparé ;
– être présent le jour de la conciliation et surtout celui du jugement. Une absence ne peut jouer qu'en défaveur de l'absent. Ne dit-on pas que les absents ont toujours tort ! ;
– devant le Tribunal, être le plus clair possible, ne pas s'emporter, laisser de côté les réactions affectives et se concentrer sur les arguments juridiques. Laissez surtout faire son avocat, et ne rien dire, sauf si le Président vous interroge. On doit faire confiance à son avocat, sinon, il ne fallait pas le choisir ! ;
– être très patient, la procédure prud'homale est longue. De plus le salarié peut faire appel, mais l'employeur aussi si les demandes du salarié dépassent un plafond annuel de 4 000 € depuis septembre 2005 ;
– enfin, ne jamais oublier qu'il vaut mieux concilier par une transaction honnête avant d'intenter un procès. « Un bon accord vaut mieux qu'un mauvais procès ».

Dans quelle limite un salarié peut-il utiliser des documents de l'entreprise pour sa défense ?

La recevabilité, comme mode de preuve, de documents internes à l'entreprise est subordonnée à deux conditions :

1. Le salarié doit avoir eu normalement accès aux documents qu'il utilisera dans sa défense, dans le cadre de ses fonctions ;
2. La reproduction de ces documents ne doit avoir été opérée qu'aux fins d'assurer sa défense, et surtout pas pour nuire l'entreprise ou procéder à un chantage.

Mais, juridiquement, la question n'est pas simple.
En effet, un vieil arrêt de la Chambre criminelle précisait : « toute appropriation de la chose appartenant à autrui, contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur, caractérise la soustraction frauduleuse, constitutive de vol, quels que soient les mobiles qui ont inspiré son auteur et l'utilisation du bien appréhendé (Cass. Crim. 16.03.1999 n° 97-85.654)
Mais cette interprétation de la chambre criminelle ne l'emporte pas devant une seconde analyse juridique.
Car, l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH), précise que les citoyens doivent disposer d'un niveau satisfaisant de sécurité et de prévisibilité juridique. Si le salarié ne pouvait disposer de telles preuves, il y aurait manifestement une inégalité juridique entre lui-même et son employeur.
D'ailleurs, l'article L. 122-4 du nouveau Code pénal dispose que « n'est pas pénalement responsable, la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par les dispositions législatives ou réglementaires ».
Donc, ce principe de l'article 6 de la CESDH, de l'égalité des armes dans la défense, doit permettre à chaque partie « d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse » (Décision de la Commission n° 434/58 du 30.06.1959).
Dans un arrêt du 11.06.2002, la Chambre criminelle de la Cour de cassation réaffirme, (après plusieurs arrêts antérieurs allant dans le même sens), que l'exercice des droits de la défense, valeur constitutionnelle et européenne, peut rendre nécessaire la production en justice de pièces litigieuses (Cass. Crim. 11.06.2002 n° 01-85.237).

Si un jugement prud'homal ou d'Appel alloue des dommages et intérêts, y a-t-il délai de carence de l'ASSEDIC ?

Tout dépend du préjudice réparé :
- si le préjudice ne répare que le licenciement abusif, ou le défaut de procédure, il peut y avoir cumul entre les allocations ASSEDIC et ces sommes ;
- par contre il ne peut y avoir cumul pour la partie des dommages et intérêts ne compensant que la perte de salaire. (Cass. Soc. 13.12.2002 n° 00-17. 143, arrêt 492 en Assemblée plénière).

Peut-il y avoir cumul entre la réparation du préjudice et l'indemnité pour irrégularité de la procédure ?

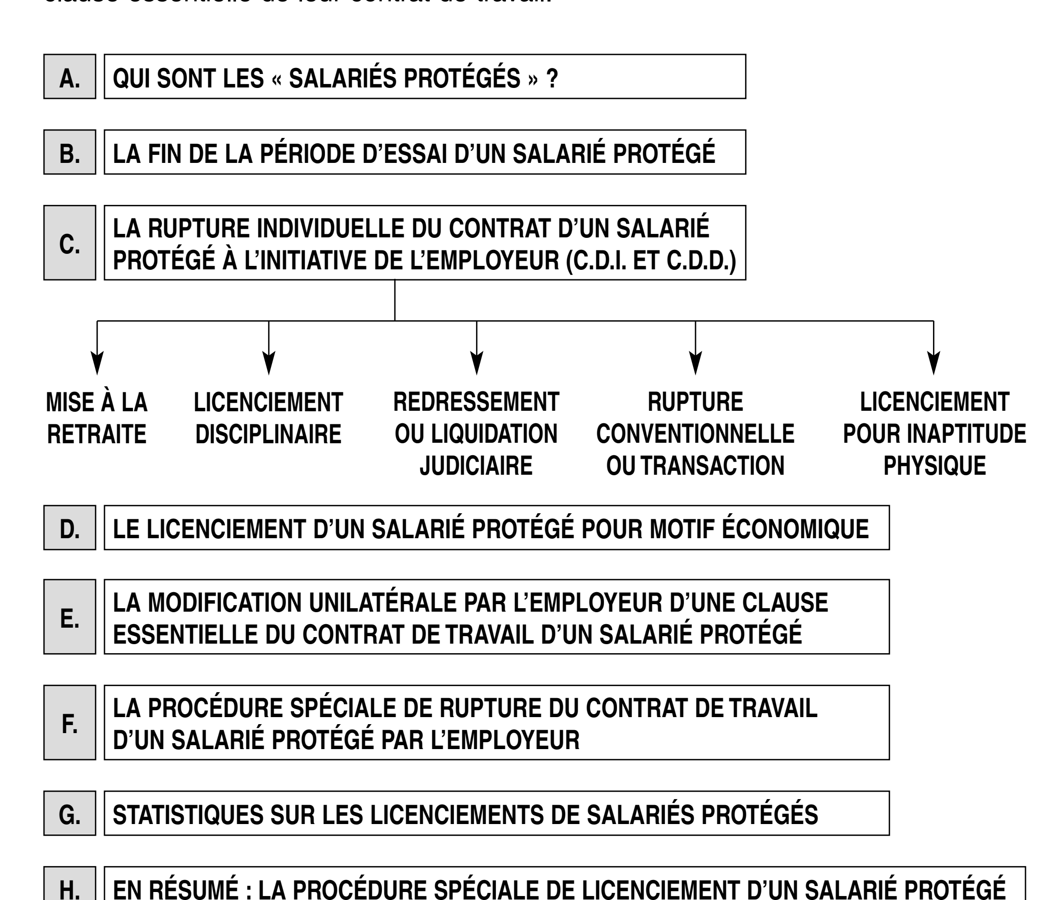
Oui, mais ce n'est pas obligatoire, il peut aussi y avoir deux indemnités distinctes. Ce sont les juges qui décident souverainement (Cass. Soc. 23.01.2008, R.J.S. 4/08 n° 405).

X

LES SALARIÉS PROTÉGÉS ET LES SANCTIONS

VUE D'ENSEMBLE

Les salariés protégés, (dont les Représentants du Personnel et des syndicats), restent tenus à l'observation des règles de discipline, de prévention, d'hygiène et sécurité appliquées dans l'entreprise.
Jamais le législateur n'a voulu les protéger contre des sanctions méritées, (ils devraient d'ailleurs être plus exemplaires que les autres salariés), mais seulement contre leur licenciement, leur mise à la retraite ou la modification unilatérale par l'employeur d'une clause essentielle de leur contrat de travail.



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. QUI SONT LES « SALARIÉS PROTÉGÉS » ?

La cessation ou la modification d'une clause essentielle du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur, d'un salarié protégé est subordonnée à **une autorisation administrative préalable**.

Le licenciement (individuel ou collectif) prononcé sans cette authorisation est nul. Le salarié peut demander sa réintégration.

La méconnaissance ou le non-respect de cette disposition protectrice constitue un délit d'entrave.

Quels sont les salariés protégés ?	Pendant combien de temps ?
• Délégués du personnel, titulaires et suppléants (art. L. 2421-3 du C.T.) • Élus du comité d'entreprise, ou du C.C.E., titulaires et suppléants (art. L. 2421-3) • Élus du comité d'entreprise européen (art. L. 02.421-11) • Membres de la Délégation Unique du personnel (art. L. 2421-3) • Représentants du personnel au C.H.S.C.T. (art. L. 2421-3) • Médecin du travail (art. L. 4.623-4 du C.T.)	Pendant le mandat et les 6 mois suivant la fin de ce mandat
• Représentants syndicaux au C.E. ou au C.C.E. ayant exercé une fonction pendant au moins deux ans	Pendant le mandat et les 6 mois qui suivent la fin du mandat
• Salariés demandant la mise en place des institutions, (art. L. 2411-6) Conditions : (Uniquement si l'entreprise a l'effectif requis) • Un seul salarié mandaté par une organisation syndicale représentative. • Le premier salarié non mandaté par un syndicat. • Si demande des élections du comité d'entreprise • Si demande des élections des délégués du personnel	 6 mois après l'envoi de la lettre recommandée 6 mois après l'envoi de la lettre recommandée

• Candidats aux fonctions électives non-élus – Élection du comité d'entreprise – Élection des délégués du personnel	 6 mois à compter de la lettre d'envoi des candidatures 6 mois à compter de la lettre d'envoi des candidatures
• Délégué syndical, Délégué du personnel faisant fonction de Délégué syndical (art. L. 2411-3) et conseiller du salarié (art. L. 1442-19) Mais ils doivent avoir exercé leurs fonctions pendant au moins douze mois, • Représentants syndicaux, • Représentant syndical auprès du C.H.S.C.T.	Pendant leur mandat et les 12 mois à compter de la cession de ce mandat Durée du mandat + les 6 mois suivant s'ils ont exercé leurs fonctions au moins 2 ans
• Délégués syndicaux et conseiller du salarié	Pendant le mandat
• Conseillers prud'homaux salariés ou représentant l'employeur (art. L. 1442-19)	durée du mandat de 5 ans et les 6 mois qui suivent celui-ci
• Candidats non élus aux élections prud'homales (art. L. 1442-19)	Du dépôt des listes jusqu'au 6 mois suivant l'élection
• Administrateurs des caisses de Sécurité sociale	Les candidats non élus, pendant les 3 mois
• Salariés mandatés par une organisation syndicale pour négocier et signer un accord d'entreprise (art. L. 2232-25)	Pendant le mandat et les 6 mois suivant la fin de ce mandat
• Membres d'un certain nombre de Commissions paritaires ou des représentants des salariés dans un Fonds d'Assurance Formation,	
• Salariés mandatés par une organisation syndicale pour négocier et signer un accord d'entreprise dans les entreprises dépourvues de délégué syndical.	
• Membre d'une commission paritaire d'Hygiène, Sécurité, et Conditions de Travail en agriculture (art. L. 717-7 du Code rural)	
• Membre du Conseil d'Administration d'une mutuelle ou d'une fédération mutualiste (art. L. 114-24 du Code de la mutualité)	

• Membre du Conseil d'Administration d'une Caisse de S.S.	
• Représentants des salariés en cas de redressement ou de liquidation judiciaire (art. L. 662-4 du Code de commerce)	
• Représentant des salariés dans une chambre d'agriculture (art. L. 515-1 du Code rural)	
• Représentant des salariés au Conseil d'Administration ou de surveillance du secteur public	
• Salariés mandatés pour négocier un accord de branche	
• Représentants du personnel d'une entreprise extérieure, désignée au C.H.S.C.T. d'un établissement comprenant au moins une installation classée (art. L. 515-8 du Code de l'environnement ou à l'article 3-1 du Code minier). (art. L. 2411-13)	
• Salariés siégeant au Conseil d'orientation et de surveillance d'une entreprise du secteur public, en qualité de « représentants du personnel »	

B. LA FIN DE LA PÉRIODE D'ESSAI D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ

La Cour de cassation estime que « les dispositions légales qui assurent une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun à certains salariés, en raison du mandat ou des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, s'appliquent à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pendant la période d'essai ». (Cass. Soc. 26.10.2005 n° 03-44.751 ou s'agissant d'un Conseiller du salarié 26.10.2005 n° 03-44.585).

C. LA RUPTURE INDIVIDUELLE DU CONTRAT D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ À L'INITIATIVE DE L'EMPLOYEUR

Une procédure spéciale s'applique en cas de licenciement disciplinaire au sens de l'article L. 1332-2, auquel la jurisprudence assimile les autres cas de rupture du contrat à l'initiative de l'employeur. Ainsi, il est interdit à ce

dernier de rompre le contrat par tout autre moyen (jurisprudence constante), même à la demande du salarié.

La procédure s'applique donc aussi en cas de mise à la retraite, peu importe que l'intéressé remplisse les conditions requises (art. L. 1237-5). Une mise à la retraite sans autorisation de l'Inspecteur du Travail est assimilée à un licenciement nul, même si l'intéressé a beaucoup plus de 65 ans (Cass. Soc. 27.10.2004 n° 01-45.902). Par contre, le départ volontaire à la retraite d'un salarié protégé n'est pas soumis à autorisation administrative.

Par ailleurs, le contrat ne peut faire l'objet, ni d'une résiliation judiciaire, ni d'une rupture conventionnelle négociée, ni d'une transaction sans l'autorisation administrative de l'Inspecteur du Travail.

La procédure spéciale s'applique, avec des adaptations, en cas de rupture d'un contrat à durée déterminée, de transfert partiel d'entreprise ou de mise à pied pour faute grave.

La procédure protectrice s'impose à l'employeur pour tout licenciement qu'il soit individuel ou collectif y compris lorsqu'il résulte de l'impossibilité de reclasser le salarié devenu inapte après une maladie.

La faute grave ou lourde du salarié n'exonère pas l'employeur du respect des dispositions spéciales de protection, elle lui permet seulement de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé.

La rupture d'un contrat à durée déterminée

La procédure d'autorisation administrative de droit commun s'applique :
– en cas de rupture anticipée d'un C.D.D. pour faute grave ;
– ou son non-renouvellement dans le cas où le contrat comporte une clause de report du terme.

(Art. L. 2412-1 pour les délégués syndicaux, L. 2421-7 pour les délégués du personnel et L. 2421-8 pour les membres du Comité d'entreprise).
Les mêmes règles s'appliquent pour l'intérim (art. L. 2413-1).

Dans les autres cas de C.D.D., un mois avant l'arrivée du terme prévu au contrat de travail, l'employeur doit demander l'autorisation administrative à l'Inspecteur du Travail (art. L. 2421-8).
Celui-ci vérifiera si le salarié protégé n'a pas fait l'objet d'une mesure discriminatoire.

Une procédure spéciale doit être observée pour la rupture des contrats à durée déterminée dont seraient titulaires des représentants ou anciens repré-

sentants élus ou candidats à ces fonctions, des représentants syndicaux au comité d'entreprise et des délégués ou anciens délégués syndicaux.

La loi a étendu aux délégués syndicaux titulaires d'un contrat à durée déterminée les dispositions relatives aux délégués du personnel et aux membres du comité d'entreprise. Il en résulte qu'en cas de rupture anticipée ou de non-renouvellement du contrat d'un délégué syndical comportant une clause de report de terme, l'employeur devra avant de demander l'autorisation de l'Inspecteur du Travail saisir le comité d'entreprise pour avis.

En cas de rupture conventionnelle, le formulaire de demande est spécifique, il n'est pas adressé, comme pour les autres salariés, au Directeur Départemental du Travail et de l'Emploi, mais à l'Inspecteur du Travail.

Naturellement, une transaction ne permet pas de rompre le contrat de travail sans l'autorisation administrative, puisqu'elle ne fait que suivre un licenciement ou une mise à la retraite, qui elles doivent avoir reçu l'approbation administrative, (Cass. Soc. 16.03.2005 n° 02-45.293).

La mise à pied conservatoire

En cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé sans procédure préalable en attendant la décision définitive de licenciement. Il doit alors :

- convoquer le comité d'entreprise pour qu'il se prononce, dans un délai de 10 jours à compter de la date de la mise à pied, sur le licenciement du salarié protégé lorsque celui-ci est un représentant élu du personnel ou un représentant syndical au comité d'entreprise et présenter au plus tard dans les 48 heures suivant cette délibération une demande d'autorisation à l'Inspecteur du Travail. En cas d'absence de comité, la demande est présentée dans les 8 jours suivant la mise à pied ; ces délais ne sont pas prescrits sous peine de nullité ;
- notifier, à peine de nullité, à l'Inspecteur du Travail en la motivant, sa décision de mise à pied, dans les 48 heures suivant sa prise d'effet, lorsque l'intéressé est délégué syndical, et demander l'autorisation de le licencier.

L'Inspecteur du Travail se prononce dans un délai de 8 jours à compter de la réception de la demande, à moins que les nécessités de l'enquête ne justifient la prolongation du délai.

D. LE LICENCIEMENT D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

La procédure spéciale de licenciement d'un salarié protégé s'applique naturellement en cas de licenciement pour motif économique, c'est-à-dire que l'autorisation administrative de l'Inspecteur du Travail est requise. Celui-ci contrôlera le motif économique, vérifiera si l'ordre des critères désignent bien le salarié protégé, et examinera les efforts de reclassement avant de délivrer son autorisation.
La procédure spéciale de licenciement des salariés protégés s'applique également en cas de redressement ou de liquidation judicaire (art. L. 2411-1).

Le transfert partiel d'entreprise ou d'établissement

Lorsqu'une partie d'entreprise ou un établissement est transférée à une autre entité juridique en application de l'article L. 1224-1, les représentants du personnel ne peuvent être compris dans ce transfert qu'avec l'autorisation préalable de l'Inspecteur du Travail. La demande d'autorisation doit être adressée à l'Inspecteur du Travail par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au moins quinze jours avant la date du transfert (art. R. 2421-17).

L'Inspecteur du Travail doit s'assurer que les représentants du personnel concernés ne font pas l'objet d'une mesure discriminatoire, c'est-à-dire que le transfert n'est pas conçu ou mis à profit pour les éliminer de l'entreprise.

S'il n'y a pas discrimination, il ne peut pas retenir des motifs d'intérêt général pour refuser l'autorisation. Un refus n'a pas pour effet d'empêcher le transfert, mais il le rend inopposable aux représentants du personnel visés par la décision. L'employeur a alors l'obligation de garder les intéressés ; il doit leur proposer un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans un autre établissement ou une autre partie de l'entreprise.

E. LA MODIFICATION UNILATÉRALE PAR L'EMPLOYEUR D'UNE CLAUSE ESSENTIELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ

Pour les salariés non protégés, la Cour de cassation distingue :

– les clauses essentielles du contrat de travail qui ne peuvent être modifiées que par l'accord des deux parties ;`
– et les clauses évolutives liées aux conditions de travail qui peuvent être modifiées unilatéralement par l'employeur.

Pour les salariés protégés, cette distinction ne s'applique pas.
Il en ressort que même une modification sensible des conditions de travail requiert l'autorisation administrative.

Comme aucune modification de son contrat ou de ses conditions de travail, quelle qu'en soit la cause, ne peut être imposée à un salarié protégé. Il en résulte qu'en cas de refus d'une telle modification l'employeur doit :

– soit réintégrer l'intéressé dans son emploi antérieur. Le juge des référés est compétent pour ordonner cette réintégration ;
– soit engager la procédure spéciale de licenciement, avec demande d'autorisation de l'Inspecteur du Travail.

Une modification imposée contre son gré à un représentant du personnel ouvre droit pour ce salarié à sa réintégration dans son poste ou, en cas d'impossibilité absolue, dans un poste équivalent. Par ailleurs, elle est constitutive du délit d'entrave, sauf si l'employeur apporte la pleine justification de la mesure.

À l'issue de la période de protection, l'employeur recouvre le droit de licencier selon la procédure de droit commun.

F. LA PROCÉDURE SPÉCIALE DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ PAR L'EMPLOYEUR

C'est une procédure d'ordre public absolu. Ceci signifie que l'employeur ne peut rompre le contrat de travail par aucun autre moyen, même si le salarié protégé était d'accord.

À l'exception des délégués syndicaux, les salariés protégés ne peuvent être licenciés qu'après avis du comité d'entreprise et autorisation de l'Inspecteur du Travail. En l'absence de comité, l'Inspecteur du Travail est saisi directement.

Pour les délégués syndicaux, seule l'autorisation de l'Inspecteur du Travail est requise, sauf s'ils exercent simultanément d'autres mandats, auquel cas l'avis préalable du comité s'impose également.

La mise à pied conservatoire

Elle précède nécessairement un licenciement pour faute grave ou lourde, puisque celui-ci implique un départ immédiat du salarié. Or, il faut du temps pour respecter le déroulement de la procédure.

Elle n'est pas une sanction disciplinaire, contrairement à la mise à pied disciplinaire qui n'est pas rémunérée.

Naturellement elle doit être motivée et notifiée par lettre R.A.R. au salarié. Pour un salarié protégé, l'employeur doit adresser copie de cette lettre dans les 48 heures à l'Inspecteur du Travail. Le non-respect de cette obligation rend la mise à pied sans effet et constitue une irrégularité de la procédure de licenciement elle-même.

La consultation du comité d'entreprise

L'avis du comité, lorsqu'il est requis, doit être obtenu avant la saisine de l'Inspecteur du Travail et la décision de licenciement. Il est exprimé à bulletin secret après audition du salarié concerné.
Si le salarié protégé est titulaire, ce sera son suppléant qui votera.

L'autorisation de l'Inspecteur du Travail

La demande d'autorisation, énonçant les motifs du licenciement, est adressée à l'Inspecteur du Travail par lettre recommandée avec accusé de réception. Lorsque l'avis du comité est requis, le procès-verbal de la réunion au cours de laquelle il s'est prononcé est joint à la demande. Cette dernière doit être présentée dans les quinze jours suivant cette réunion (sauf mise à pied). Pour une rupture conventionnelle, adresser la demande à l'Inspecteur du Travail sur l'imprimé spécifique de « **demande de rupture conventionnelle** ».

– Pour la fin d'un C.D.D., la demande doit être adressée à l'Inspecteur du Travail au moins un mois avant le terme.
– Pour un délégué syndical et autres salariés bénéficiant de la même protection, demande dans les 48 heures si l'intéressé a fait l'objet d'une mise à pied conservatoire (art. L. 2421-6).
– En cas de transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, demande à adresser au moins 15 jours avant le transfert (art. L. 2421-17).

L'enquête contradictoire. L'Inspecteur du Travail (ou, en cas d'empêchement, le contrôleur) procède à une enquête contradictoire. Celle-ci suppose l'audition personnelle et individuelle de l'employeur et du salarié. Ce dernier peut sur sa demande se faire assister d'un représentant de son syndicat.

– Le contrôle et la décision. L'Inspecteur statue dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande d'autorisation (10 jours en cas de mise à pied) à moins que les nécessités de l'enquête ne justifient une prolongation de ce délai (c'est le cas le plus fréquent). Il contrôle le respect de la procédure par l'employeur, la réalité du motif invoqué

La procédure de licenciement non économique des salariés protégés

Cette procédure s'étend :
– au licenciement individuel y compris pour faute ;
– a la modification unilatérale d'une clause essentielle du contrat de travail.

■ **Préparation du dossier**
- Définir les faits fautifs réels et sérieux.
- Dates et preuves.

Attention : respect du délai de 2 mois si licenciement disciplinaire

↓

■ **Convocation à un entretien préalable**
- Préciser l'objet de la convocation : date, heure et lieu du rendez-vous et la possibilité pour le salarié de se faire assister (lettre R.A.R.).

→

■ **L'entretien préalable**
- Date : délai suffisant (au moins 5 jours après la convocation).
- Explication des motifs.
- Recueil des explications.

■ **Convocation du C.E.**
- (sauf quand le licenciement concerne un délégué syndical)
- L'employeur doit faire connaître sa demande au moins 3 jours avant la réunion.
- Si mise à pied de l'intéressé, le C.E. doit se prononcer dans un délai de 10 jours à compter de la date de mise à pied.

←

■ **Réunion du C.E.**
- Après avoir entendu le salarié concerné, le C.E. doit donner un AVIS en votant à bulletin secret, le Président ne votant pas.
- Si le salarié visé est membre du C.E. il est remplacé par son suppléant.
- Le vote est acquis à la majorité des présents.

↓

- Si licenciement d'un délégué syndical : saisine directe de l'Inspecteur du Travail.
- Si mise à pied du délégué syndical : notification de a sanction et demande d'autorisation dans les 48 heures suivant la prise d'effet de la mise à pied.

←

- Demande d'autorisation administrative auprès de l'Inspecteur du Travail dont dépend l'établissement.
- Dans les 15 jours qui suivent la consultation du C.E. ou dans les 48 heures s'il y a eu mise à pied.
- Envoi par lettre R.A.R. énonçant les motifs du licenciement envisagé et accompagné du procès-verbal du C.E. quand il est requis.

→

■ Enquête contradictoire de l'Inspecteur
- Le salarié peut se faire assister d'un représentant de son syndicat.
- Si défaut d'enquête, possibilité d'annulation de la décision administrative.
- Délai de réponse de l'Inspecteur du Travail : 15 jours à compter de la demande (8 jours en cas de mise à pied).

←

- Si autorisation accordée, notification du licenciement en R.A.R.

et examine si la mesure envisagée est en rapport avec le mandat de l'intéressé.
– La décision de l'inspecteur est motivée. Elle est notifiée à l'employeur et au salarié ainsi que, lorsqu'il s'agit d'un délégué syndical ou d'un représentant syndical au comité d'entreprise, à l'organisation syndicale concernée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. L'administration n'a d'autre choix que d'autoriser ou de refuser l'autorisation sollicitée.

L'autorisation permet à l'employeur de licencier sans attendre l'expiration du délai de recours, celui-ci n'étant pas suspensif.

Le refus, si l'autorisation est refusée, le salarié doit être maintenu (ou réintégré s'il y a eu mise à pied) dans son emploi initial avec tous les avantages antérieurs.

L'absence de décision dans les délais impartis ne fait pas naître une décision implicite d'autorisation. Le silence gardé par l'Inspecteur du Travail pendant quatre mois vaut décision implicite de rejet de la demande. Il en va de même pour un recours hiérarchique devant le ministre du Travail qui dispose de quatre mois pour statuer. Une absence de réponse dans les quatre mois, vaut décision de rejet.

Les recours

La décision de l'Inspecteur du Travail peut, dans les deux mois à dater de sa notification, faire l'objet :
– d'un recours hiérarchique devant le ministre du Travail ;
– d'un recours contentieux devant le tribunal administratif dont dépend l'établissement dans lequel travaille le salarié.

Ces recours ne sont pas suspensifs et, par conséquent, la décision s'applique.

L'annulation d'une décision refusant d'autoriser le licenciement d'un représentant du personnel ne permet pas à l'employeur de licencier. Dans ce cas, l'Inspecteur du Travail doit de nouveau être saisi d'une demande d'autorisation. Si l'annulation a été prononcée au motif que les faits reprochés étaient suffisamment graves pour justifier le licenciement, l'Inspecteur du Travail doit respecter la chose jugée et accorder l'autorisation. Il en serait toutefois autrement si les circonstances de fait avaient évolué et justifiaient un nouveau refus.

Le droit à réintégration

La loi accorde au salarié un droit à réintégration en cas d'annulation de la décision autorisant son licenciement :

– par le ministre du Travail saisi d'un recours hiérarchique ;
– par le juge administratif à la suite d'un recours contentieux, que le jugement ait fait l'objet d'un appel ou qu'il soit devenu définitif, sauf sursis à exécution ordonné par le Conseil d'État.

Le salarié doit demander sa réintégration dans un délai de 2 mois à compter de la notification de la décision d'annulation.
L'employeur doit alors réintégrer le salarié dans son emploi ou, si celui-ci n'existe plus ou n'est plus vacant, dans un emploi équivalent. Dans ce dernier cas, le salarié ne peut invoquer les dispositions de son contrat de travail pour refuser l'emploi proposé. S'il n'existe aucun emploi disponible dans l'entreprise, l'employeur peut demander l'autorisation de licencier le salarié pour motif économique à condition d'établir que sa réintégration entraîne pour l'entreprise des difficultés économiques.

En cas de refus de réintégration, l'employeur commet le délit d'entrave et le salarié doit être considéré comme faisant toujours partie du personnel.

Lorsque l'annulation de la décision d'autorisation est devenue définitive, le salarié a droit au paiement par l'employeur d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée :
– entre le licenciement et la réintégration si celle-ci a été demandée dans le délai de 2 mois à compter de la notification de l'annulation ;
– entre le licenciement et l'expiration de ce délai dans le cas contraire.

Les sanctions d'un licenciement irrégulier

Est irrégulier le licenciement d'un salarié protégé intervenu sans demande d'autorisation à l'Inspecteur du Travail ou malgré un refus d'autorisation. Dans ce cas, le licenciement est nul.

Le salarié pourra alors demander sa réintégration et une indemnité compensatrice des salaires perdus. L'employeur peut être poursuivi pour délit d'entrave.

G. STATISTIQUES SUR LES LICENCIEMENTS DE SALARIÉS PROTÉGÉS

12.145 demandes de licenciement de salariés protégés en 2004*

Tendance générale à la baisse malgré des variations dues à la conjoncture économique, car les chiffres, par le passé, sont les suivants :
1993 = 18.804 – 1995 = 13.516 – 1996 = 14.066 – 1998 = 10.463 –
2000 = 11.074 – 2003 = 13.440.

- 65 % des demandes pour motif économique, 88 % sont accordées.
- 14 % des demandes pour motif disciplinaire, 64 % sont accordées.
- 4 % des demandes pour insuffisance professionnelle, 75 % sont accordées.
- 17 % des demandes sont pour autres motifs, 84 % sont accordées.

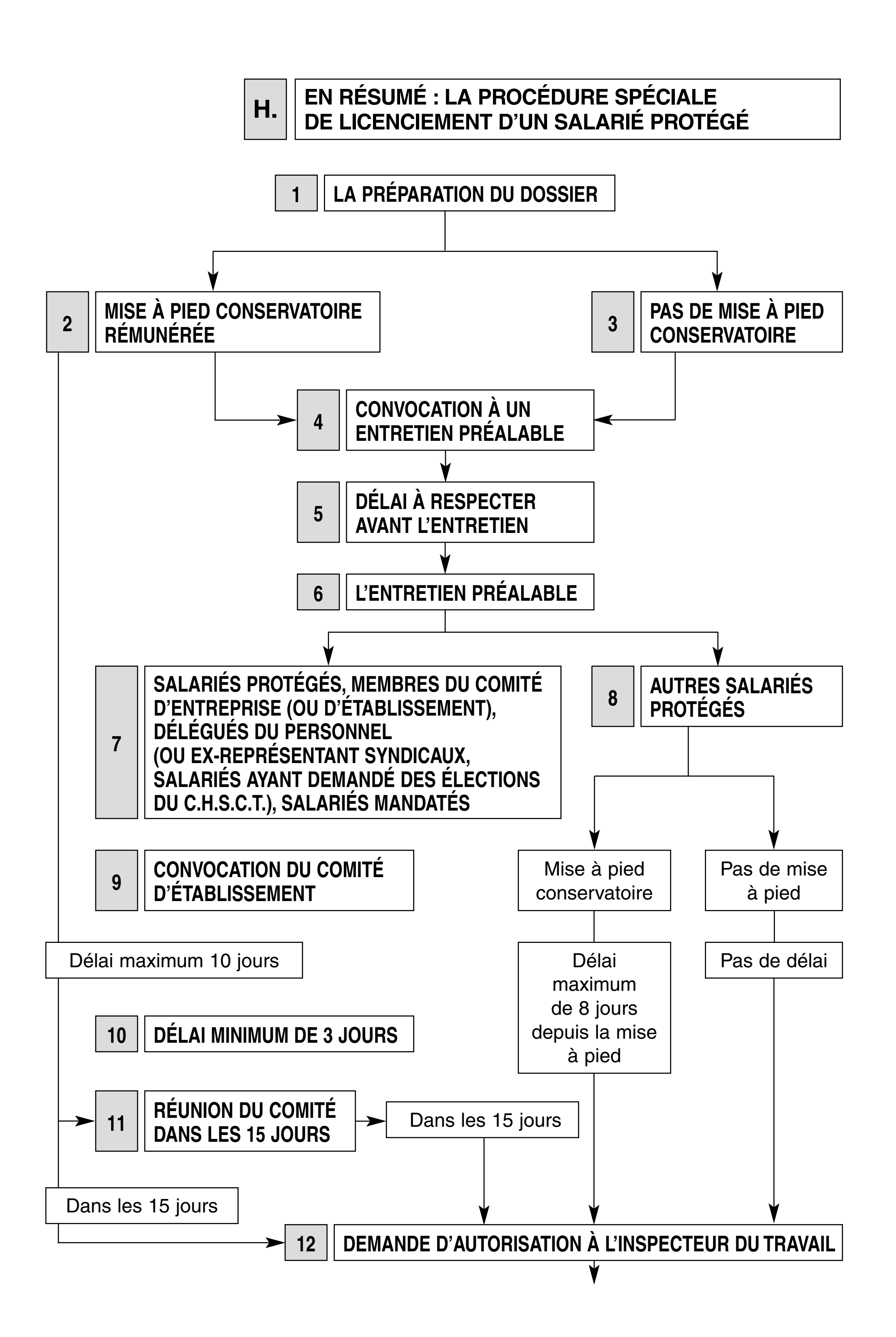
Ainsi .... 84 % des demandes sont accordées.

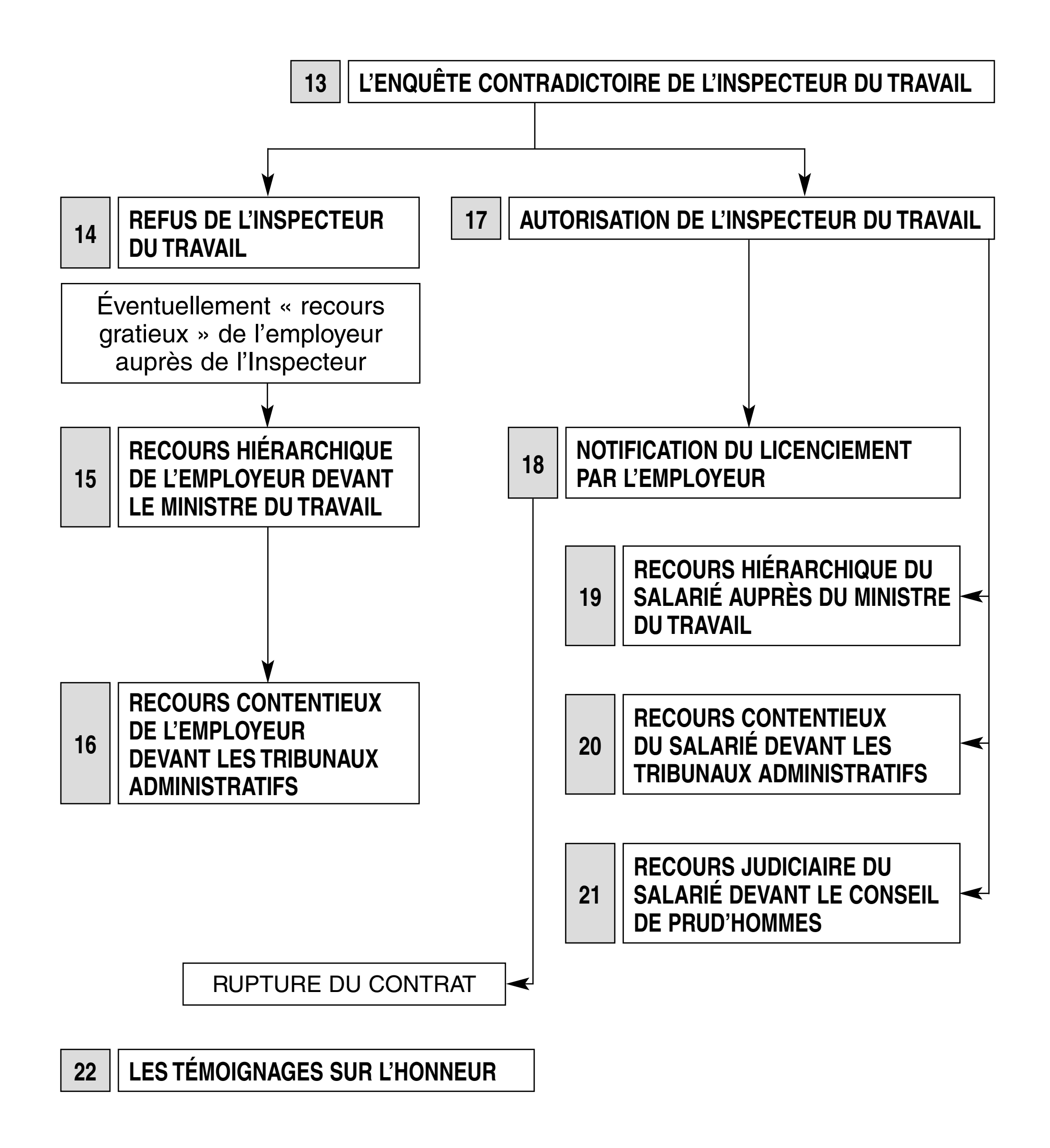
- 33 % visent des non-syndiqués.
- 10 % de recours devant le Ministre en 2004.
- 75 % des recours devant le Ministre par l'employeur.
- 60 % des décisions de l'Inspecteur du Travail ont été confirmés par le Ministre en 2004.

Concernant les licenciements économiques, le ministre du Travail, tout comme la justice, est de plus en plus exigeant en matière de reclassement.

L'employeur doit démontrer son impossibilité de reclasser le salarié protégé.

* Source : Ministère du Travail et DARES.


H.
EN RÉSUMÉ : LA PROCÉDURE SPÉCIALE DE LICENCIEMENT D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ
1
LA PRÉPARATION DU DOSSIER
2
MISE À PIED CONSERVATOIRE RÉMUNÉRÉE
3
PAS DE MISE À PIED CONSERVATOIRE
4
CONVOCATION À UN ENTRETIEN PRÉALABLE
5
DÉLAI À RESPECTER AVANT L'ENTRETIEN
6
L'ENTRETIEN PRÉALABLE
7
SALARIÉS PROTÉGÉS, MEMBRES DU COMITÉ D'ENTREPRISE (OU D'ÉTABLISSEMENT), DÉLÉGUÉS DU PERSONNEL (OU EX-REPRÉSENTANT SYNDICAUX, SALARIÉS AYANT DEMANDÉ DES ÉLECTIONS DU C.H.S.C.T.), SALARIÉS MANDATÉS
8
AUTRES SALARIÉS PROTÉGÉS
9
CONVOCATION DU COMITÉ D'ÉTABLISSEMENT
Mise à pied conservatoire
Pas de mise à pied
Délai maximum 10 jours
Délai maximum de 8 jours depuis la mise à pied
Pas de délai
10
DÉLAI MINIMUM DE 3 JOURS
11
RÉUNION DU COMITÉ DANS LES 15 JOURS
Dans les 15 jours
Dans les 15 jours
12
DEMANDE D'AUTORISATION À L'INSPECTEUR DU TRAVAIL


13
L'ENQUÊTE CONTRADICTOIRE DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL
14
REFUS DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL
Éventuellement « recours gratieux » de l'employeur auprès de l'Inspecteur
15
RECOURS HIÉRARCHIQUE DE L'EMPLOYEUR DEVANT LE MINISTRE DU TRAVAIL
16
RECOURS CONTENTIEUX DE L'EMPLOYEUR DEVANT LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS
17
AUTORISATION DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL
18
NOTIFICATION DU LICENCIEMENT PAR L'EMPLOYEUR
19
RECOURS HIÉRARCHIQUE DU SALARIÉ AUPRÈS DU MINISTRE DU TRAVAIL
20
RECOURS CONTENTIEUX DU SALARIÉ DEVANT LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS
21
RECOURS JUDICIAIRE DU SALARIÉ DEVANT LE CONSEIL DE PRUD'HOMMES
RUPTURE DU CONTRAT
22
LES TÉMOIGNAGES SUR L'HONNEUR

QUESTIONS / RÉPONSES

Peut-on infliger une mise à pied disciplinaire non rémunérée à un salarié protégé ?

Oui, il s'agit d'une sanction qui n'est pas un licenciement. Les salariés « protégés » ne sont pas protégés contre les sanctions, mais en cas de licenciement seulement.

Que peut faire un salarié protégé sanctionné par une mise à pied « spéciale » et qui conteste la faute grave ou lourde ?

La mise à pied « spéciale » préalable à un éventuel licenciement ne peut être prononcé qu'en cas de faute grave ou lourde (§ B ci-avant). Le salarié protégé qui contesterait le caractère de faute grave ou lourde pourrait citer son employeur devant les tribunaux.

– au pénal : l'employeur pourrait se voir condamner pour délit d'entrave*, dans le cas où le tribunal refuserait de reconnaître la faute grave en cas de licenciement (Cass. Crim. 31.08.1987 – 07.02.1989 – 12.12.1989...).
– aux Prud'hommes : pour licenciement abusif (Cass. Soc. 10.10.1989).

Quels sont les délais et la procédure lorsqu'il n'y a pas de Comité d'Établissement ?

Dans le cas où il y absence ou carence de Comité d'Entreprise ou d'Établissement, la procédure « spéciale » est simplifiée. Le délai de demande d'autorisation administrative à l'inspection du Travail est limité à 15 jours après l'entretien préalable avec le salarié ayant refusé la modification d'une clause substantielle de son contrat de travail.

Un employeur peut-il prolonger la mise à pied « spéciale » d'un salarié protégé dont l'inspection du Travail a refusé le licenciement, dans le cas où il a introduit un recours hiérarchique ou contentieux ?

Non, les juristes disent que ces recours sont dépourvus d'effet suspensif, la mise à pied ne peut être prolongée.

---

* **Délit d'entrave :** c'est le fait pour l'employeur de tenter ou de porter atteinte à l'exercice régulier du droit syndical dans l'entreprise ; des fonctions des délégués etc. Ce délit d'entrave est puni par une amende (300 à 3 000 euros) et un emprisonnement (de 2 à 12 mois).

Une mise à pied « spéciale » peut-elle être orale ?

Oui. La notification écrite n'est pas obligatoire (Cass. Soc. 27.04.1978).
En pratique, elle est prononcée oralement devant témoins et notifiée au salarié soit avec remise contre décharge, soit par lettre recommandée avec accusé de réception.

Que doit faire un employeur ayant reçu un refus d'autorisation administrative de licenciement ?

Il doit réintégrer le salarié protégé et lui payer les rémunérations correspondant aux journées non travaillées de mise à pied.

Dès lors, sa seule issue est un recours au ministre du Travail (affaire de spécialiste RH ou droit social).

QUATRIÈME PARTIE

LES LICENCIEMENTS INDIVIDUELS POUR MOTIF NON ÉCONOMIQUE

XI La procédure de licenciement

XII Le licenciement disciplinaire

XIII Le licenciement pour insuffisance ou inaptitude professionnelle

XIV Le licenciement pour perte de confiance, incompatibilité d’humeur, mésentente, divergences de vue

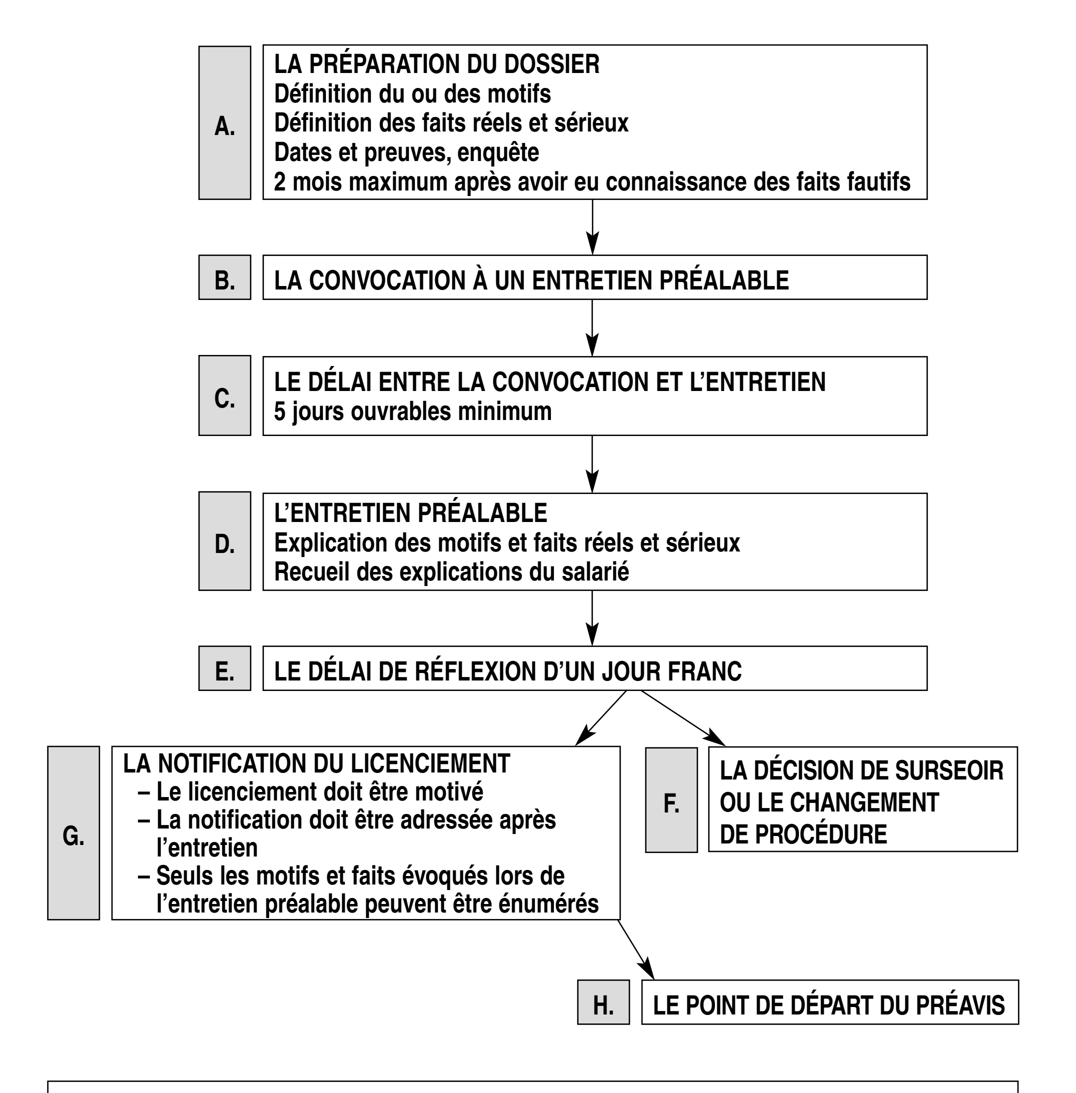
XV Le licenciement pour inaptitude physique

XVI Le licenciement pour maladie prolongée ou absences répétées

XI

LA PROCÉDURE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF NON ÉCONOMIQUE

VUE D'ENSEMBLE



Cas particuliers : Salariés protégés (chap. XX). Salariée enceinte ou en maternité (chap. XXI). Salarié victime d'un accident de travail ou en maladie professionnelle (chap. XXII). Salariés en chômage-intempéries etc. (chap. XXIV).

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LA PRÉPARATION DU DOSSIER

Quel que soit le motif du licenciement individuel non économique, l'employeur doit respecter la procédure ci-après.

Le premier temps d'une procédure de licenciement est la préparation du dossier.

Il faut un (ou plusieurs) motif réel et sérieux de licenciement, par exemple :

– la faute (chap. XII) ;
– l'insuffisance professionnelle, l'inaptitude à l'emploi, l'insuffisance de résultats (chap. XIII) ;
– la perte de confiance, la mésentente, l'incompatibilité d'humeur (chap. XIV) ;
– l'inaptitude physique au travail (chap. XV) ;
– le comportement professionnel (chap. XIII) ;
– la maladie qui se prolonge ou les arrêts répétés (chap. XVI) ;

Il faut que ce motif repose sur des faits réels. Ces faits doivent être datés, vérifiés, attestés par des pièces ou des témoignages.

Attention, les moyens de contrôle du type écoute téléphonique, enregistrement audio ou vidéo, autocommutateurs, contrôles d'accès à l'entreprise ou à telle ou telle zone, etc. ne peuvent servir de justifications que si le salarié en a été informé et que le Comité d'entreprise (ou d'établissement) ait été consulté avant la mise en place (à défaut les délégués du personnel).

Il convient que ces faits ne remontent pas à plus de deux mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires, ou que l'employeur puisse apporter la preuve qu'il n'en a eu connaissance que dans les deux mois. À défaut d'apporter cette preuve, le licenciement est abusif, puisque les faits sont prescrits (Cass. Soc. 30.10.2000 n° 98.44.024).

La meilleure méthode est de **préparer un projet de lettre de licenciement** et de le conserver en mémoire en traitement de texte, ce projet énumérant le ou les motifs réels et sérieux, et énonçant les faits précis et datés.

Ce projet de notification du licenciement servira de guide, voire sera lu pendant l'entretien préalable. Après cet entretien, il pourra être corrigé ou amendé.

L'article L. 1235-1 précise : « *En cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié* ».

Bien que la loi précise que le juge « *forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties* », en pratique, en cas de licenciement la charge principale de la preuve appartiendra à l'employeur s'il y a procès.

Comme l'employeur dispose de deux mois après qu'il ait eu connaissance des faits fautifs avant de convoquer le salarié à l'entretien préalable, il a donc le temps. Plus du quart des Prud'hommes perdus par les employeurs le sont pour précipitation et manque de préparation du dossier.

Les dispositions légales relatives à la procédure préalable au licenciement s'appliquent quel que soit le motif de licenciement invoqué (Cass. Soc. 24.10.1991, n° 90-40.067). Elles s'imposent alors même que l'employeur est mis dans l'obligation de licencier par la loi (Cass. Soc, 18.02.1998, n° 95-45.104, Bull. civ. V, n° 92) ;

La procédure de droit commun se cumule avec la procédure exceptionnelle concernant les salariés protégés (voir chap. XX).

B. LA CONVOCATION À UN ENTRETIEN PRÉALABLE

Dans l'état actuel des textes tout licenciement envisagé pour cause personnelle – non disciplinaire comme disciplinaire – doit donner lieu à une convocation du salarié à un entretien préalable (art. L. 1232-3 et suivants).

Cette convocation est obligatoirement écrite. Une convocation téléphonique ne suffit pas, et un fax non plus, car les dates mentionnées sur les mails ne sont que très rarement sécurisées.

Elle peut aussi bien être adressée par lettre recommandée avec accusé de réception, que remise en main propre contre décharge (« reçu l'original le… » et signature du salarié concerné).

Elle peut même dans certains cas être notifiée par huissier, si cette procédure n'a pas lieu en des circonstances vexatoires et humiliantes. Dans le cas précis, l'huissier avait notifié la convocation hors la présence des autres salariés ou de clients (CA. Dijon 26.11.2002, R.J.S. 11.03 n° 1341).

Elle doit préciser l'objet, la date, l'heure et le lieu de la convocation, et la possibilité pour le salarié de se faire assister.

L'objet de la convocation doit bien préciser qu'un licenciement « est envisagé ». Deux formules à conseiller : « en vue de votre éventuel licenciement », ou « en vue d'une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement » sinon, il y aurait inobservation de la procédure (Cass. Soc. 19.03.1998 n° 95.46.618). Dans un arrêt du 16.01.2007 n° 05-43.443, confirmé par un second arrêt du 31.01.2007 n° 05-40.540, la Cour de cassation annule un licenciement au motif que la lettre de convocation à l'entretien préalable ne précisait que « en vue d'une sanction », et non « en vue d'une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement ».

À défaut, l'employeur voulant licencier devrait convoquer à nouveau le salarié en lui indiquant que la sanction retenue en définitive serait un licenciement (Cass. Soc. 19.10.1995, R.J.S. 12.95 n° 1236 et Circ. min. n° 91-16 du 05.09.1991).

Le lieu n'est pas obligatoirement l'établissement où travaille le salarié, ce peut être un autre lieu, le siège par exemple (Cass. Soc. 24.01.1996, R.J.S. 03.96 n° 261). Simplement précise cet arrêt, le salarié doit se voir rembourser ses frais de déplacement engagés, sur présentation des justificatifs.

Il y a naturellement une limite de bon sens, un employeur avait convoqué une femme de ménage employée en Isère au siège en Belgique : il fut condamné par la Cour d'Appel (C.A. Grenoble 05.07.1994, R.J.S. 3.95 n° 217).

L'employeur peut même convoquer le salarié en dehors du temps de travail (Cass. Soc. 01.04.2004 n° 02-40.359). Par contre ce temps doit être rémunéré.

La possibilité pour le salarié de se faire assister lors de l'entretien préalable :

– « par un autre salarié de l'entreprise », mais pas par une personne extérieure à l'entreprise ni d'une autre filiale ni de la maison mère. Ce peut être un délégué, mais aussi tout autre salarié ;
– et en plus, dans les entreprises ou établissements dépourvus de représentation élue du personnel (un délégué syndical n'est pas un élu), « d'un conseiller extérieur à l'entreprise, inscrit sur une liste établie par le Préfet et que vous pourrez consulter à la mairie (*adresse*) ou à l'Inspection du Travail (*adresse*) ».

  « Le non-respect de l'obligation de mentionner, dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, la faculté qu'a le salarié de se faire assister doit être sanctionné dans tous les cas, fut-elle de principe. » (Cass. Soc. 17.12.1992, R.J.S. 3/93 n° 263).

La non-mention de l'adresse :

– de la Mairie du lieu du domicile du salarié s'il demeure dans le département ou celle de la mairie de son lieu de travail, s'il demeure en dehors du département ou est situé son lieu de travail (Cass. Soc. 29.06.2005 et 21.01.2009 P + B) ;
– et de l'Inspection du Travail du lieu de l'établissement, où peut être consultée l'adresse des Conseillers extérieurs,

est sanctionnée par une indemnité d'un mois maximum de salaires pour défaut de procédure (art. L. 1235-2).

Certains tribunaux ajoutent le remboursement des 6 premiers mois d'indemnisation de l'ASSEDIC (art. 1235-4), et considèrent que le licenciement est alors réputé sans cause réelle et sérieuse (donc application de l'article L. 1253-3 qui fixe un minimum de 6 mois de salaires bruts pour un salarié ayant au moins 2 ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés (Cass. Soc. 20.06.2000, R.J.S. 10/00 n° 926, ou 06.02.2001 n° 253 P + B ou 25.06.2002 n° 00-44.955 P, ou 06.12.2005 n° 2546, R.J.S. n° 3/06).

Toutefois certains arrêts (Cass. Soc. 29.04.2003 01-41.364 P), considèrent que cette omission des adresses ne constitue qu'une irrégularité de procédure.

Modèle-type

Entreprise

Lieu, date
Prénom Nom du salarié
Adresse

Lettre R.A.R. ou remise contre décharge

M…

En application de l'article L. 1232-2 du Code du Travail, nous devons vous informer que nous sommes amenés à envisager à votre égard une mesure de licenciement. C'est pourquoi nous vous demandons de prendre vos dispositions pour vous présenter à (*adresse*), le (*date*), à (*heure*), pour avoir un entretien préalable à cette éventuelle mesure.

Nous vous rappelons que vous avez la possibilité de vous faire assister lors de cet entretien par un autre salarié de votre choix appartenant obligatoirement au personnel de notre société.

À ajouter dans les seules entreprises dépourvues de tout représentant élu du personnel :

ou d'un conseiller extérieur inscrit sur la liste départementale établie par la préfecture, que vous pourrez consulter

– soit à la mairie (*adresse*)
– soit à l'Inspection du Travail (adresse).

Veuillez…

C. LE DÉLAI ENTRE LA CONVOCATION ET L'ENTRETIEN

Que l'Entreprise (ou l'établissement) ait ou n'ait pas de représentants du personnel, le délai légal est de 5 jours ouvrables depuis juillet 2004. Ce délai se décompte entre la première présentation de la lettre recommandée (ou la date de la remise en main propre), et la date de l'entretien. (art. L.1232-2 du C.T.) Comme ce qui compte est la date de première présentation, dans la pratique, l'employeur devra bien faire son calcul, calendrier en main, car sinon, le salarié a intérêt à invoquer le défaut de procédure.

En effet, selon les articles 641 et 642 du Nouveau Code de Procédure Civile :

– le jour de l'acte, (en l'espèce le jour de la première présentation par la poste ou de la remise en main propre avec accusé de réception), n'est pas compté dans le délai ;

– le délai expire le dernier jour à 24 heures. Si ce dernier jour est un samedi, un jour férié ou un dimanche, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (Cass. Soc. 09.06.1999 n° 2673 P, R.J.S. 7/99 n° 905 ou 20.12.2006, R.J.S. 3/07 n° 3321).

En pratique, il faut compter 5 jours pleins pour laisser au salarié le temps de préparer sa défense et de trouver un assistant, le jour de remise de la lettre de convocation ne compte pas, de même que le dimanche qui n'est pas un jour ouvrable (Cass. Soc. 13.02.2008 n° 06-40.350).

Dans un arrêt (Cass. Soc. 13.12.2000 n° 98-43.809, il a été jugé que le salarié étant en congés payés lorsqu'il a reçu sa lettre de convocation, le délai de cinq jour fut insuffisant pour lui permettre d'organiser sa défense.

Enfin, « nul ne pouvant renoncer à un droit », le salarié ne saurait renoncer au délai de cinq jours ouvrables, même s'il l'avait approuvé par écrit, la procédure est nécéssairement irrégulière (Cass. Soc. 28.06.2005, P + B, R.J.S. 10/05, n° 967).

D. L'ENTRETIEN PRÉALABLE

Cet entretien est prévu dans le seul intérêt du salarié, mais si son absence ne peut constituer une faute (Cass. Soc. 09.07.1992 n° 91-41.880), et qu'il n'est pas tenu de s'y rendre, son intérêt est de ne pas le fuir.

Une conversation téléphonique ne saurait remplacer l'entretien (Cass. Soc. 14.11.1991 n° 90-44.195).

En cas de maladie, le salarié peut se faire représenter par un membre de l'entreprise, mais non par une personne étrangère à celle-ci à laquelle il aurait donné mandat (Cass. Soc. 26.03.2002 n° 99-43.155 P + B). Il peut aussi demander à l'employeur un report, que celui-ci pourrait toutefois refuser.

Si le salarié adresse à l'employeur un arrêt maladie couvrant la date de convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement ou à une sanction disciplinaire, soit qu'il s'agisse d'un pur hasard, soit que cette convocation l'ait réellement rendu malade, soit parfois qu'il espère naïvement empêcher la sanction envisagée par cet artifice.

En effet, la sanction doit intervenir dans les deux mois après que l'employeur a eu connaissance d'une faute.

Après des jurisprudences très contestables, désormais ce qui est demandé à l'employeur, c'est de bien respecter la procédure et les délais légaux, d'organiser l'entretien en convoquant le salarié en bonne et due forme, à sa véritable adresse connue. Libre au salarié de renoncer à l'entretien préalable, et s'il ne peut se déplacer, mais rien n'interdit, dans ce cas, à l'employeur de poursuivre la procédure (Cass. Soc. 07.06.2006 n° 04-43.819 P + B).

Toutefois, par décence et prudence, nous ne pouvons que conseiller à l'employeur de tenter un report ou de rappeler au salarié qu'il peut se faire représenter.

Seul l'employeur peut tenir l'entretien préalable

Seul l'employeur ou son représentant peut tenir l'entretien préalable ; il ne saurait donner mandat à une personne extérieure à l'entreprise pour conduire une procédure de licenciement, même s'il s'agit d'une entreprise étrangère ayant son siège à l'étranger, (Cass. Soc. 20.03.2002 ou 26.03.2002 n° 1159 P + B, R.J.S. 6/02 n° 669), fut-ce un avocat ou Cabinet extérieur à l'entreprise.

Il ne peut non plus, assistant à l'entretien préalable, se taire et laisser mener l'entretien par un collaborateur, fut-il DRH ou Chef comptable (Cour d'Appel de Montpellier 11.02.2003, R.J.S. 11/03 n° 1264).

L'employeur peut se faire assister d'un collaborateur de l'entreprise, mais en aucune façon de plusieurs. Dans un arrêt (Cass. Soc. 09.07.2003, R.J.S. 11/03 n° 1264), l'employeur s'était fait assister du Chef d'agence, du Directeur Régional et du DRH. La Cour a jugé que la procédure d'entretien avait été « détournée de son objet », et le licenciement fut annulé. Il en fut de même dans l'arrêt (Cass. Soc. 17.09.2008 n° 06-42.195).

Par contre, il a été maintes fois jugé que le DRH d'un Groupe est habilité à mener un entretien pour une filiale ou pour assister le Dirigeant de cette filiale (Cass. Soc.19.01.2005 n° 02-45.675 P + B).

L'assistant du salarié, qui doit faire partie de l'entreprise, même d'un autre établissement, (à l'exception des entreprises dépourvues de représentation d'élu du personnel où il peut aussi être un « conseiller » extérieur à l'entreprise) :

– a un rôle de témoin, il pourra attester ultérieurement qu'il n'y a pas d'écart entre les griefs énoncés lors de l'entretien préalable et la lettre de notification. À cet égard, nous ne pouvons que conseiller à « l'assistant » de rédiger un compte-rendu.
– peut avoir un rôle de conseiller du salarié, mais « n'est investi d'aucun pouvoir particulier à l'encontre de l'employeur » (Conseil Constitutionnel).

L'assistant de l'employeur. Par souci de balancier équilibré, de la même façon que le salarié peut se faire assister, l'employeur peut aussi se faire assister par un autre salarié de l'entreprise, mais pas d'une personne extérieure, fut-il l'avocat de la société (Cass. Soc. 27.05.1998 n° 96-40.741). Ce n'est pas une obligation, c'est une faculté, mais limitée à une seule autre personne. Dans les groupes, il est admis que le Directeur du Personnel du groupe ou de la maison mère par exemple puisse « assister » le cadre recevant le salarié, bien que ne faisant pas partie, au sens strict de l'entreprise visée. La Cour de cassation a tranché sur ce sujet.

Les témoins. L'employeur peut faire appel à des témoins salariés de l'entreprise, ou tout autre salarié qui pourrait apporter des éclaircissements, mais ils ne peuvent assister à tout l'entretien.

L'objet de l'entretien est d'instaurer un dialogue :
– l'employeur explicitant les motifs, les griefs et les fautes ou faits fautifs ;
– le salarié fournissant des explications et justifications.

En effet, au début, chacune des parties ne connaît pas tous les éléments, et l'on sait bien « que celui qui n'entend qu'une cloche, n'entend qu'un son ».

C'est pourquoi, les propos tenus lors de l'entretien ne sauraient justifier le licenciement, sauf abus (Cass. Soc. 19.06.1991 n° 89-40.843).

Jamais l'employeur ne peut confirmer sa décision de licenciement lors de l'entretien, ce n'est qu'un projet. Ce serait une irrégularité de procédure systématiquement sanctionnée.

E. LE DÉLAI DE RÉFLEXION

La loi a fixé un délai impératif minimum et maximum de réflexion de l'Employeur entre le jour de convocation à l'entretien préalable et le jour de l'envoi de la lettre de notification du licenciement :

– **la lettre de licenciement ne peut être envoyée (ou remise en main propre), moins de deux jours ouvrables après l'entretien préa-lable (le surlendemain)** (art. L. 1232-6) Comprenons qu'il convient de laisser passer au moins un jour franc commençant à 0 heure et finissant à 24 heures, les samedi, dimanche et jours fériés étant neutralisés (art. R.1231-1), avant d'adresser la lettre de licenciement, qui ne peut donc être envoyée que le surlendemain de l'entretien ;
– **un délai maximum d'un mois**. « Le délai maximum d'un mois de notification des sanctions disciplinaires fixé par le Code du Travail s'applique au licenciement pour faute (Cass. Soc. 16.03.1995, R.J.S. 5/95 n° 498 et 04.05.1995, R.J.S. 6/95 n° 630).

Un licenciement prononcé pour motif disciplinaire plus d'un mois après la date de l'entretien préalable est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 21.03.2000 n° 98/40 345 D).

Notons toutefois que dans les cas où le statut ou la Convention collective a prévu que le salarié devait, après l'entretien préalable, passer devant une commission de discipline par exemple, et que ce délai d'un mois ne pouvait être respecté, ceci ne pouvait priver l'employeur de licencier, même après un mois.

F. LA DÉCISION DE SURSEOIR OU LE CHANGEMENT DE PROCÉDURE

Rien n'oblige un employeur de prononcer le licenciement qui fut envisagé. C'est même parfois de bonne politique.

Rien ne l'empêche de limiter la sanction à un avertissement ou à une mise à pied.

Un salarié ayant considéré qu'il était licencié après l'entretien préalable, compte tenu des fautes qu'on lui reprochait, n'ayant pas reçu une lettre de licenciement disciplinaire, mais pour insuffisance professionnelle a été débouté, la Cour de cassation n'a pas jugé qu'il y avait là fraude à la loi (24.09.2008 n° 06-45.772).

G. LA NOTIFICATION DU LICENCIEMENT

Une notification écrite dans le mois. Tout licenciement doit être notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. L. 1232-6), « Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception ». Elle doit être signée, sinon il s'agirait d'une irrégularité de procédure qui entraînerait pour le salarié un préjudice, estimé par les juges, et que l'employeur serait tenu de réparer (Cass. Soc. 29.06.1999 n° 3020 P, R.J.S. 9/99 n° 1039). Un licenciement verbal est sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 23.06.1998 n° 3166 D, R.J.S. 9/98 n° 971).

C'est évidemment, à part la préparation du dossier, la phase la plus importante, car en cas de procès ultérieur, seuls les motifs, les faits réels et sérieux énumérés dans la lettre de notification pourront être invoqués en justice.

Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence, reste licite l'accusé de réception manuelle avec la mention manuscrite « reçu l'original le… » portée par le salarié avec sa signature. Par contre ceci interdit à l'employeur une transaction ultérieure. En effet, il est jugé que cette forme n'est pas une formalité essentielle.

Mais on s'interdit alors une transaction (voir chap. VI).

La notification du licenciement dans le mois suivant la date de l'entretien préalable est impérative.

Ainsi, un employeur, probablement bienveillant voulant laisser à sa salariée une seconde chance de s'expliquer, mais candide avait fixé une seconde date d'entretien préalable, la salariée ne s'étant pas présentée à la première, fut condamnée pour licenciement hors délai, donc sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 14.09.2004 n° 03-43.796 P + B, ou 26.10.2004 n° 02-45.009).

Ce délai d'un mois est impératif et ne peut être suspendu ou prolongé par la maladie ou quelqu'autre cause que ce soit, y compris une hospitalisation ou un accident du travail (Cass. Soc. 19.01.2005 n° 02-40.085 P + B).

Une lettre de licenciement non retirée par le salarié, mais qui portait un autre prénom, prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 26.10.2003, R.J.S. 2/05 n° 153).

Toutefois, si un salarié a refusé une rétrogradation disciplinaire notifiée après un entretien préalable, l'employeur qui envisage de notifier un licenciement au lieu de la sanction proposée, doit à nouveau convoquer le salarié à un nouvel entretien préalable. Il en résulte que le délai d'un mois court à compter de la date fixée pour ce nouvel entretien (Cass. Soc. 27.03.2007 n° 05-41.921 P + B).

L'énumération des motifs. Art. L. 1236-6 : « *Cette lettre comporte l'énoncé des motifs invoqués par l'employeur* », sous peine de voir le licenciement considéré comme étant sans cause réelle ni sérieuse, (Cass. Soc. 29.11.1990. n° 8844.308 ou 28.06.1995 n° 93-43.893).
Le fait que le salarié pouvait avoir connaissance de façon précise par d'autres voies des motifs, par exemple dans la lettre de convocation à l'entretien ou, par un document qui lui aurait été remis pendant l'entretien préalable, ne peut en aucune façon se substituer à l'énonciation écrite des motifs (Cass. Soc. 30.11.1994, R.J.S. 1/95 n° 1 ou 31.05.1995 n° 93-44.719 ou, 28.06.1995. n° 94-41.163 etc.)

Les motifs doivent être très précis. Nous conseillons d'énumérer de façon très précise les motifs, les faits, de les dater, de citer les preuves, bref de préparer un dossier qui pourrait dissuader le salarié de citer aux Prud'hommes et constituer un très solide dossier devant une juridiction. L'erreur pour l'employeur serait de se limiter à de très vagues motifs non étayés par des faits. L'énoncé d'un motif imprécis équivaut à une absence de motif (Cass. Soc. 29.11.1990 n° 598, R.J.S. 1/91 n° 19).

Les motifs doivent être appréciés à la date de la rupture du contrat. Un employeur ne peut plus invoquer devant les juges un motif survenu après la notification du licenciement. Mais il ne peut pas invoquer un motif ayant disparu. Par exemple un cumul d'emploi prohibé qui avait cessé (Cass. Soc. 03.10.1980 n° 2103) ou des difficultés relationnelles avec son hiérarchique qui avait démissionné (Cass. Soc. 20.07.1989 n° 31345 D), ou pour des absences du salarié alors qu'elles avaient cessé (Cass. Soc. 05.01.1999 n° 18 D, R.J.S. 2/99 n° 166).

Les motifs doivent être vérifiables.

– Griefs matériellement vérifiables en cas de licenciement pour motif personnel ;
– Raison économique et son incidence sur le contrat de travail du salarié ou sur son emploi prouvable au sens de l'article L. 1233-2 et suivants en cas de licenciement pour motif économique.

Les motifs invoqués fixent les limites du débat devant les juges. Les jurisprudences sur ce plan sont constantes depuis l'arrêt (Cass. Soc. 20.03.1990 n° 124, R.J.S. 1/91 n° 124). Les griefs non énoncés dans la lettre de licenciement ne peuvent être examinés par le juge (Cass. Soc. 16.03.1999 n° 1254 P, R.J.S. 5/99 n° 649 ou, 22.01.1998, R.J.S. 3/98 n° 291).

L'employeur doit être de bonne foi. L'article 1134 du Code civil précise que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ». Tel n'est pas le cas de cet employeur qui licencie une salariée pour les erreurs commises dans son travail, alors qu'il lui fait effectuer des tâches ne relevant ni de sa qualification, ni de son expérience et qui sont étrangères à l'activité pour laquelle elle a été engagée » (Cass. Soc. 02.02.1999 n° 620 P, R.J.S. 3/99 n° 350).

La notification peut être adressée par lettre recommandée avec A.R. (cas à conseiller et le plus fréquent), mais également remise en main propre avec un accusé de réception, la date et la signature.
Attention : une transaction ultérieure ne pourrait être signée que si la notification du licenciement avait été adressée en lettre R.A.R.

La rétraction de l'employeur. Un employeur ne peut revenir sur le licenciement qu'il a notifié qu'avec l'accord du salarié (Cass. Soc. 07.07.1999 n° 3192 D, R.J.S. 10/99 n° 1240).

L'erreur d'adresse. Si l'employeur envoie la lettre de licenciement à une adresse erronée, le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 07.07.2004 n° 1497).
Par contre, si le salarié n'a jamais informé l'employeur de sa nouvelle adresse, c'est lui qui est alors fautif et le licenciement est légalement prononcé.

Une notification signée. Pour être régulière, la notification du licenciement doit être signée, sinon, il y a irrégularité et le salarié pourra demander devant les prud'hommes la réparation du préjudice subi (Cass. Soc. 05.01.2005 n° 02-47.290).

Aucune décision de rupture du contrat avant la notification. Si la preuve peut être apportée que l'entreprise a rendu public le départ du salarié, avant la notification de son licenciement, la date du licenciement remonte à la date où l'employeur avait adressé à ses clients une circulaire informative annonçant le licenciement de son collaborateur, dès lors, il y a absence de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 09.11.2005 n° 03-47.100).

Un employeur, dans la lettre de licenciement a laissé le choix au salarié entre le licenciement et une mutation. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui avait jugé que ceci ne constituait pas une lettre de licenciement, les griefs reprochés au salarié n'étant pas précisés, donc le licenciement était sans cause réelle et sérieuse (27.05.2008 n° 07-42.074).

H. LE POINT DE DÉPART DU PRÉAVIS

La rupture du contrat de travail, lorsqu'elle est notifiée par lettre R.A.R. se situe à la date du dépôt à La Poste de la lettre adressée au domicile de son destinataire. (Cass. Soc. 21.09.2005 n° 03-43.961).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Ils sont nombreux sur un simple défaut véniel de procédure tel, un trop court laps de temps entre la convocation et l'entretien préalable ou, le non-respect du délai de réflexion.
Sont plus graves et non moins nombreux les procès portant sur les différences entre ce qui fut évoqué par l'employeur lors de l'entretien préalable et la lettre de notification. Pour les sanctions dans ces cas, se reporter au chapitre XXXIII.
Dans un cas d'école l'employeur avait remis au salarié, le jour même de l'entretien préalable, son solde de compte, son certificat de travail et son attestation ASSEDIC, en lui demandant de signer le reçu pour solde de tout compte, dès lors les juges ont estimé que le licenciement n'était pas motivé, donc privé de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 09.02.1999 n° 721 D, R.J.S. 4/99 n° 489).

Un licenciement peut-il être notifié pendant les congés payés ?

Oui, mais le préavis ne commence à courir qu'à la date où le congé prend fin (Cass. Soc. 08.11.95 R.J.S. 12/95 n° 1243).

Un employeur peut-il invoquer un fait survenu après l'entretien préalable ?

Oui, mais seulement s'il convoque à nouveau le salarié à un nouvel entretien préalable en raison des faits survenus après le premier entretien, sinon, le licenciement de ce seul fait serait irrégulier (Cass. Soc. 30.03.1994 R.J.S. 6/94 n° 677 et C.A. Versailles 25.09.1995, R.J.S. 12/95 n° 1235). En effet, il ne peut rien être notifié qui n'ait été exposé lors de l'entretien.

Un employeur peut-il invoquer un fait situé entre la convocation et l'entretien ?

Oui, cette fois, c'est à la date de l'entretien préalable qu'il faut se placer pour apprécier l'existence d'une cause réelle et sérieuse, et non à celle du début de la procédure (Cass. Soc. 23.10.1984, 25.05.1989 ou, C.A. Versailles 25.05.1995, R.J.S. 12/95 n° 1234).

Un salarié peut-il prendre acte de la rupture de son contrat ?

Non, dit la Cour de cassation (30.05.1996, R.J.S. 7/9 6 p. 502). Comme il appartient au salarié qui demande des indemnités de licenciement d'établir qu'il a été licencié, le fait qu'il prenne acte par écrit de son licenciement verbal, ne constitue pas une preuve (Cass. Soc. 21.07.1994 Bull. civ. p. 170 n° 251). D'autant plus que dans cette affaire, l'employeur avait postérieurement suivi la procédure régulière de licenciement. Le principe juridique est qu'on ne peut se créer une preuve à soi-même (Cass. Soc. 15.04.1996, R.J.S. 7/96 n° 792). Par contre, notamment avec le harcèlement moral, ces cas se multiplient et on ne peut que conseiller de se faire assister par un avocat très spécialisé.

Un employeur peut-il annuler un licenciement déjà notifié ?

Oui, si le salarié est d'acord. Non, si le salarié le refuse (Cass. Soc. 12.05.1998 n° 95-44.353).

Que peut craindre un employeur annonçant le départ de l'entreprise d'un salarié avant la notification de son licenciement ?

Il a toutes les chances que les juges estiment qu'il a agi avec « une légèreté

blâmable » et accordent au salarié des dommages et intérêts (Cass. Soc 06.02.2002 n° 99-45.252).

En cas de licenciement pour faute grave, une mise à pied conservatoire est-elle nécessaire ?

Non, a précisé la Cour de cassation en un arrêt surprenant du 24.02.2004 (R.J.S. 5/04 n° 518), mais nous ne pouvons que le recommander.
Par contre, ce n'est pas parce que l'employeur a versé une indemnité compensatrice de préavis non exécuté, malgré un licenciement pour faute grave, que pour autant ceci disqualifie la faute grave (Cass. Soc. 27.09.2007 n° 06-43.867 P + B).

La faute grave, depuis cet arrêt de fin 2007, est « celle qui peut seule justifier une mise à pied conservatoire et qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ».

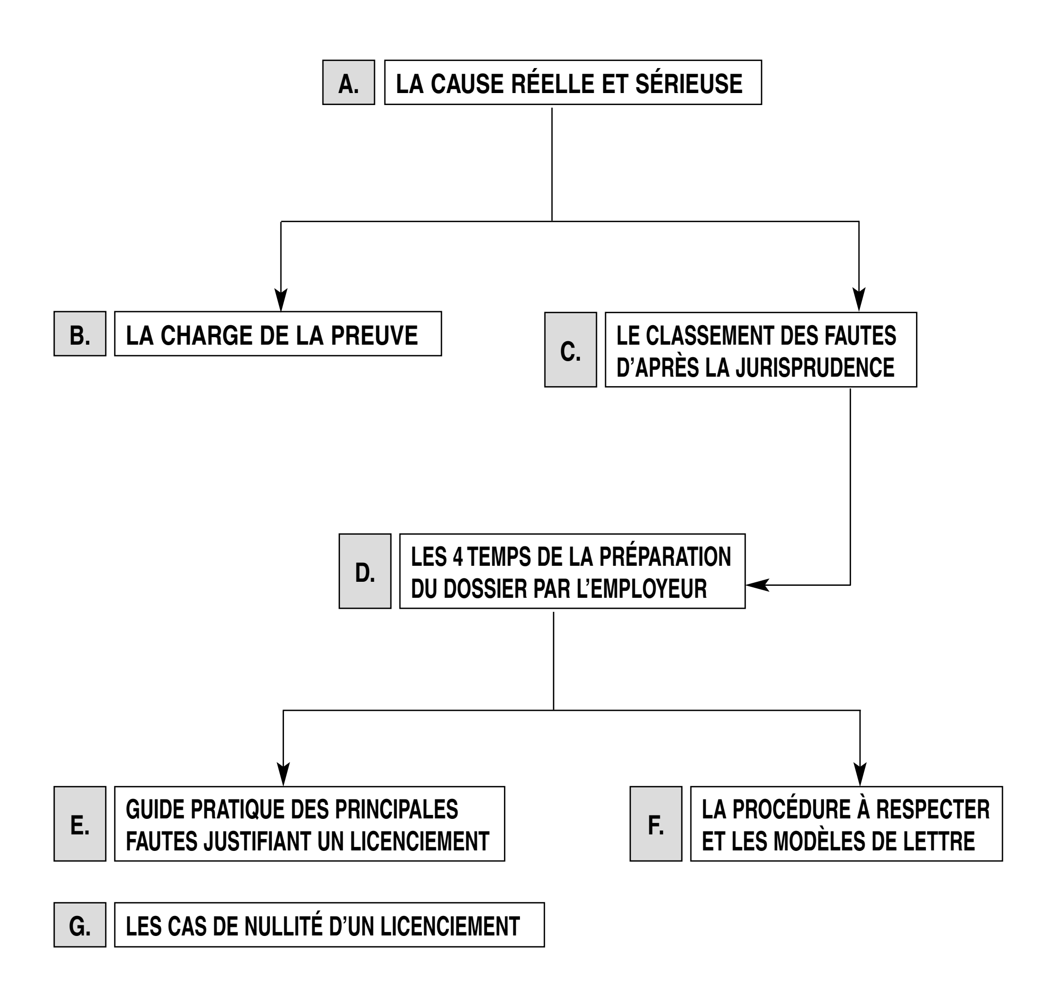
La clause de non-concurrence s'applique t-elle en cas de cessation d'activité de l'entreprise ?

Oui, précise la Cour, le salarié a droit à son indemnité de non-concurrence (Cass. Soc. 09.07.2008, R.J.S. 10/08 n° 994).

XII

LE LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LA CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE

En application de l'article L. 1231-1 du C.T., aussi bien le salarié que l'employeur peuvent prendre l'initiative de la rupture du contrat à durée indéterminée.

– Si la rupture est du fait de l'employeur, c'est un licenciement ou une mise à la retraite ;
– Si la rupture est à l'initiative du salarié, c'est une démission ou un départ volontaire à la retraite ;
– Mais la rupture peut aussi intervenir d'un commun accord, par exemple la rupture conventionnelle.

Il peut arriver que l'initiative de la rupture ne soit pas formalisée comme telle, ou que le salarié constate la rupture pour faute de l'employeur ou pour manquement à l'une de ses obligations. Ainsi le non-paiement de rémunérations dues constitue un manquement de l'employeur à l'une de ses obligations essentielles et sera interprété par les juges comme un licenciement avec toutes ses conséquences, (Cass. Soc. 29.01.2002 ou 08.01.2003 n° 01-40.166). Tel est également le cas d'un refus du salarié d'accepter la modification d'une clause essentielle de son contrat.
Le licenciement du salarié sous contrat à durée indéterminée doit être fondé sur une (ou plusieurs) cause réelle et sérieuse.
C'est-à-dire que les motifs et faits allégués doivent être :

– **établis**, il faut des faits concrets, susceptibles d'être prouvés, tenant au travail du salarié, à l'organisation et au bon fonctionnement de l'entreprise, du service, ou tenant à la personne, aux résultats, à l'inaptitude et au comportement du salarié, (Cass. Soc. 09.04.1987 n° 84-43.357)
– **objectifs**, le fait invoqué ne doit pas avoir été la manifestation d'un mouvement d'humeur de l'employeur, il doit tenir compte de la personne du salarié ou de l'organisation de l'entreprise, ainsi le licenciement d'un salarié ne saurait être fondé sur le comportement d'un des proches du salarié (Cass. Soc. 29.11.1990, 09.01.1991, 12.01.1993). Il doit invoquer des « griefs matériellement vérifiables » (Cass. Soc. 14.05.1996 n° 94-45.499).
– **exacts et existants**, les faits reprochés au salarié doivent avoir un véritable contenu vérifiable, justifiés par des pièces ou des témoignages, il ne peut s'agir de simples soupçons. Le juge doit rechercher si d'autres

faits ; évoqués par le salarié ne sont pas la véritable cause du licenciement (Cass. Soc. 28.04.1994, ou 23.10.1991 n° 88-44.099) ;
– **sérieux**, c'est-à-dire suffisamment graves pour rendre impossible la poursuite du contrat sans dommages pour l'entreprise (Cass. Soc. 17.05.1998, R.J.S. 5/98 n° 579).

Attention : certaines conventions collectives, (ou statut du personnel), limitent conventionnellement les causes réelles et sérieuses de licenciement Ces limitations doivent toujours s'appliquer dans la mesure où elles sont plus favorables au salarié. Dès lors qu'un licenciement serait prononcé pour un motif autre que ceux qui sont prévus par l'accord, (même s'il est très réel et très sérieux), ce licenciement serait dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass Soc. 03.02.1993, R.J.S. 3/93 n° 252 et 07.11.1995, R.J.S. 12/95 n° 1233).

B. LA CHARGE DE LA PREUVE

L'article L. 1235-1 pose le principe que *« En cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». « Si un doute subsiste, il profite au salarié ».*

En pratique, c'est à l'employeur d'apporter les preuves solides ayant fondées sa décision, « d'alléguer des faits précis » (Cass. Soc. 24.09.1987). La jurisprudence va toujours dans le sens du salarié, il ne suffit pas à l'employeur d'avoir l'apparence en sa faveur, si un seul doute subsiste sur la réalité des faits invoqués, il ne peut que profiter au salarié, les enfants diraient « il n'y a pas photo ». On n'est pas aux Assises, le jugement ne se fonde pas sur l'intime conviction.

C. CLASSEMENT DES FAUTES D'APRÈS LA JURISPRUDENCE

La faute professionnelle
Erreurs, manquements, négligences, qui, sans correspondre obligatoirement à une intention de mal faire de la part du salarié, entraînent cependant des conséquences dommageables pour l'entreprise. Elle justifie une

sanction si elle est légère : un licenciement si elle est sérieuse ; un licenciement sans préavis si elle est grave ou lourde.

La faute légère

Faute qui, en étant réelle, n'est pas de nature à rendre impossible le maintien des conditions de travail. Elle ne constitue pas un motif réel et sérieux de licenciement, mais peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire (retards, manquements à la discipline, négligence professionnelle isolée ou sans conséquence sérieuse).

La faute sérieuse

Elle constitue un risque pour l'entreprise, elle met en difficulté le fonctionnement normal de l'entreprise. Elle rend impossible toute continuation de l'exécution du contrat. Elle justifie un licenciement avec préavis, (effectué ou non au choix de l'employeur, mais en tout état de cause rémunéré), et indemnités de licenciement et de congés payés (et jours R.T.T.) non pris.

La faute grave

La faute grave « résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail, d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis » (Cass. Soc. 26.02.1991 n° 88-44.908, 01.10.2003 n° 01-41368).

Elle justifie donc le licenciement sans préavis ;

– sans indemnité de licenciement ;
– mais avec le paiement d'une indemnité compensatrice des congés payés (et jours R.T.T.) non pris.

Jusqu'en 1998, si un employeur s'avisait d'invoquer la faute grave en accordant quand même un préavis, celle-ci était annulée dans tous ses effets par le juge (Cass. Soc. 31.03.1998 n° 95-43.898). Désormais, ce n'est plus le cas, mais nous ne saurions que conseiller la non-exécution du préavis si l'employeur a l'intention d'invoquer la faute grave.

Par exemple, le harcèlement sexuel, dès lors que des faits ou actes ont été établis, entraîne un licenciement qui ne peut être que grave (Cass. Soc. 05.03.2002 n° 00-40.717 P + B). Il faut en effet éloigner immédiatement le harceleur de sa victime.

Un manquement grave aux règles de la discipline rend impossible la poursuite du contrat de travail, même pendant la durée du préavis et justifie le licenciement immédiat. Elle n'est pas nécessairement une faute intentionnelle (Cass. Soc. 07.05.1986 – 05.03.1987). Elle n'est pas subordonnée à un préjudice pour l'entreprise (Cass. Soc. 03.10.1985, 09.04.1986, 19.01.1989).

Il peut y avoir un certain délai entre la connaissance des faits fautifs et la convocation à entretien préalable avec mise à pied conservatoire. En effet, il faut laisser à l'employeur le temps de procéder à une enquête sérieuse (Cass. Soc. 12.11.1991 n° 90-43.957).

La faute lourde

Faute qui relève de l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise, et ne peut être excusée par les circonstances de l'espèce. Elle justifie un licenciement : sans préavis ; sans indemnité de licenciement ; sans indemnité compensatrice de congés payés non pris (sauf ceux relatifs à la précédente période de référence) ; sans remise d'un bulletin de congés payés (dans le B.T.P...).

Le salarié peut en outre être condamné à verser à l'employeur des dommages et intérêts (Cass. Soc. 09.03.1989 et 19.03.2003 n° 40084).

Seule la faute lourde permet à l'employeur d'engager la responsabilité pécuniaire du salarié, et fonder une action en dommages et intérêts contre ce dernier (Cass. Soc. 27.10.1977).

D. LES 4 TEMPS DE LA PRÉPARATION DU DOSSIER PAR L'EMPLOYEUR

Les procès prud'homaux sont souvent perdus par l'employeur pour un dossier insuffisant. Il arrive souvent que l'employeur se décide à sanctionner, voire de licencier, à l'occasion « d'une ou deux gouttes d'eau qui ont fait déborder le vase ». Le juge risquera de trouver bien légère cette (ou ces quelques) gouttes d'eau au regard de la sanction prise. Or, si une goutte d'eau a fait déborder le vase, c'est que celui-ci De plus, les « juges » ne connaissent pas l'entreprise, le plus probable est qu'ils ne connaissent pas le métier, ses usages, ses locutions, et enfin ne connaissent pas la fonction des personnes citées.

Conseil : La préparation du dossier par l'employeur en quatre temps :

1. Situer le contexte

Tel Maupassant, avec des phrases très courtes situer l'entreprise et l'établissement, sa vocation, son implantation, son effectif…

Situer le salarié concerné dans son équipe, son rôle, ses devoirs, les points clés qu'il a à respecter.

2. La goutte d'eau

Compte tenu de ce qui précède, exposer en quoi le salarié a failli à ses

obligations ou a commis une faute. Bref, exposer la (ou les) goutte(s) d'eau récente(s) qui a (ont) fait déborder le vase : faits récents datant de moins de deux mois après que l'employeur en a eu connaissance et faits réels et sérieux.

3. Vider le vase

Utiliser le guide présenté ci-dessous (§ E) pour répertorier les fautes reprochées au salarié en les justifiant par des faits réels et sérieux, l'objectif étant de ne pas se limiter à la goutte d'eau.
Rappeler les avertissements et sanctions antérieures.

4. Porter un regard éthique

Il y a une éthique du management, une éthique spécifique dans chaque entreprise. Par ailleurs, chaque responsable a sa propre éthique. Avec ces deux regards, il convient de se forger une opinion. Si l'on a la conviction que le salarié mérite amplement la sanction, alors on peut « bétonner » le dossier, pour minimiser le risque d'un Prud'hommes perdu, en rappelant les sanctions écrites antérieures.



GUIDE PRATIQUE DES PRINCIPALES FAUTES JUSTIFIANT UN LICENCIEMENT

Toutes ces fautes ou faits fautifs ont fait l'objet d'arrêts de jurisprudence. Ces arrêts ont été pris sur des situations particulières, pas obligatoirement transposables. De plus, la gravité de certains faits sera différente selon le niveau hiérarchique, la branche et les pratiques ou usages antérieurs dans l'établissement.

Absences non autorisées ou injustifiées

- Abandon de poste (faute grave si existence de relances par l'employeur) (Cass. Soc. 21.01.2003, 27.05.2003).
- Absences non autorisées sans justification (Cass. Soc. 18.02.1998, 30.04.2002, 23.03.2004).
- Départ en congé non autorisé (Cass. Soc. 27.05.1998).
- Départ anticipé en congés payés et non-respect de la date de départ.
- Retour tardif de congés payés ou d'une absence autorisée (Cass. Soc. 09.07.2002).
- Retards répétés ou refus de se conformer aux horaires (Cass. Soc. 12.02.1981, C.A. Metz 13.03.2002).
- Absences non autorisées répétées (Cass. Soc. 10.03.1982, 03.07.2001).

– Absence d'un salarié le jour d'une fête de sa religion malgré le refus de son employeur.
– Faux « arrêts maladie » (à ne pas confondre avec « arrêts de complaisance »).

Dénigrement, accusations, critiques

Il y a une limite à la liberté d'expression du salarié.
– Lettre au Dirigeant avec des propos injurieux contre son hiérarchique (Cass. Soc 28.04.1994).
– Lettre du salarié qui dénigre son employeur qu'il accuse de manipulations répétées des comptes (Cass. Soc. 30.10.2002).
– Diffusion par courriels des idées xénophobes (C.A. Versailles 11.02.2003).
– Pour les cadres, l'obligation de loyauté est renforcée, ainsi faute grave pour ce cadre ayant mené une campagne de dénigrement auprès de ses subordonnés (5 Cass. Soc. 24.01.1989 ou auprès de clients ou auprès de fournisseurs (Cass. Soc. 28.02.1980).

Faute professionnelle et mauvaise exécution du travail

– Mauvaise exécution de son travail, erreurs réitérées, accidents répétés.
– Négligences (Cass. Soc. 06.05.2003).
– Refus d'initier un autre salarié à sa spécialité.
– Défaut d'entretien du matériel dont le salarié a la charge.
– Complicité de fraudes commises par d'autres.

Inconduite, harcèlement sexuel ou moral

Ces faits, parfois relevant de la vie privée, ne peuvent être sanctionnés que s'ils sont susceptibles de créer un trouble dans l'entreprise.
– Atteinte à la réputation et à la bonne marche de l'entreprise.
– Outrage public à la pudeur (faute grave).
– Attitude contraire aux bonnes mœurs (Cass. Soc. 28.11.1989).
– Violences sexuelles exercées sur un salarié pendant le temps de travail (faute grave).
– Harcèlement sexuel. Le harcèlement sexuel est nécessairement une faute grave (Cass. Soc. 05.03.2002 n° 00.40.717 P + B), car il rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise.
– Harcèlement moral.
– Comportement inadmissible d'un cadre vis-à-vis de son personnel, compromettant gravement la bonne marche de l'entreprise.
– Tenue, comportement vestimentaire, incompatibles avec la bonne marche de l'entreprise (nécessité d'avoir, par écrit, mis en demeure le salarié de modifier son « look »).

Indiscipline – Insubordination

– Refus d'effectuer un travail normalement selon les consignes, refus de

suivre les instructions (Cass. Soc. 08.02.1996, 26.07.1997, 02.07.2003, 10.12.2002).
- Refus d'effectuer des heures supplémentaires (faute grave) dans les limites réglementaires, ou de travailler pendant un jour férié.
- Méconnaissance d'une interdiction expresse.
- Refus d'accomplir son travail.
- Refus de se soumettre à la réglementation interne de l'entreprise.
- Refus d'obéir à un supérieur hiérarchique (faute grave).
- Refus de se soumettre à une sanction (Cass. Soc. 25.05.1989, 24.06.2003).
- Refus d'assurer son obligation contractuelle (Cass. Soc. 16.10.1996), d'effectuer une astreinte.
- Refus de participer à un stage de formation.
- Refus d'initier un autre salarié à sa spécialité.
- Refus de mutation avec une clause contractuelle de mobilité (Cass. Soc. 26.05.1998).
- Refus d'une affectation décidée dans le seul souci de bonne gestion.
- Fraudes au pointage (C.A. Versailles 11.06.2002).
- Refus de pointer (Cass. Soc. 22.07.1982).
- Pointage pour le compte d'un autre salarié (faute grave).
- Refus réitéré de remettre ses rapports d'activité (Cass. Soc. 08.02.1996).
- Attitudes critiques.
- Le refus d'une mutation, avec non-respect de la clause de mobilité peut justifier un licenciement, mais en aucune façon une faute grave (Cass. Soc. 23.01.2008 n° 07-40.522 P + B).

Infraction à la sécurité
- Cadres ou agents de maîtrise ne faisant pas respecter la sécurité (Cass. Soc. 14.05.1985).
- Refus de porter des vêtements, équipements ou dispositifs de sécurité (Cass. Soc. 23.05.2005).
- Inobservation des mesures de sécurité.
- Violation réitérée de l'interdiction de fumer.
- Abandon sans autorisation d'une machine dangereuse (faute grave).
- Manquements répétés aux règles de sécurité.
- Omission, pour un responsable informatique, d'avoir effectué les sauvegardes.
- Conduite d'un véhicule société d'un salarié en suspension de permis (Cass. Soc. 28.06.2002).
- Non-respect pour un chauffeur routier des consignes de sécurité (vitesse, infractions au temps de conduite et de repos (Cass. Soc. 03.04.1996).
- Violation de l'interdiction de fumer, (faute grave sur un site classé Cass. Soc. 07.07.2004).

Ivresse – Intempérance

- Conduite en état d'ivresse (Cass. Soc. 06.03.1986, 08.01.1997, 22.01.1997).
- Intempérance entraînant un comportement anormal ou dangereux (Cass. Soc. 06.12.2000, C.A. Versailles 27.06.2002).
- Causer un scandale en état d'ébriété (Cass. Soc. 02.04.1992).
- Hiérarchique en état d'ébriété tel, qu'il ne pouvait assumer son rôle devant ses collaborateurs (Cass. Soc. 06.12.2000).
- Intempérance réitérée (Cass. Soc. 10.06.1997, 27.05.1998).
- État d'ébriété ayant conduit le salarié à des violences (Cass. Soc. 28.03.2000).
- Introduction et consommation d'alcool lors d'une pause, en contradiction avec le règlement intérieur (C.A. Paris 17.10.2002, ou Cass. Soc. 18.12.2002).

Injures et menaces

- Menaces proférées à l'égard d'un salarié (Cass. Soc. 02.07.2003), ou d'un supérieur hiérarchique.
- Insultes adressées à un client ou un supérieur hiérarchique.
- Tracts ou lettres injurieuses vis-à-vis de la direction.
- Insultes envers un autre salarié.
- Menaces ou injures par conjoint interposé surtout si le salarié en est l'instigateur.
- Accusations contre un supérieur hiérarchique.

Indiscrétions – Violation du secret professionnel – Diffamation

Le salarié est tenu à une obligation de discrétion et de réserve, son non-respect peut caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. Soc. 12.11.1991).

- Indiscrétions graves.
- Ouverture des plis confidentiels sans habilitation (Cass. Soc. 05.03.1987).
- Divulgation propre à discréditer l'entreprise (Cass. Soc. 21.02.1980).
- Divulgation de renseignements confidentiels aux salariés ou à des tiers sur les difficultés financières de l'entreprise, (Cass. Soc. 30.06.1982).
- Non-respect de l'obligation de loyauté.
- Propos diffamatoires à l'égard de l'entreprise ou de son dirigeant.
- Dénigrement systématique (travail, produits, prestations, organisation).
- Par contre, ne constituent pas des fautes la diffusion d'informations à l'Inspecteur du Travail (Cass. Soc. 14.03.2000), au Procureur de la République (Cass. Soc. 12.07.2006).

Comportements déloyaux

Ils sont contraires à l'obligation de loyauté et de fidélité du salarié (Cass. Soc. 18.05.1978).

- Concurrence par « famille » interposée (Cass. Soc. 21.02.1980).

– Création d'une entreprise concurrente (faute lourde) (Cass. Soc. 12.06.2002, 30.06.1988).
– Travailler chez un concurrent pendant les congés payés (Cass. Soc. 14.12.2005, faute grave).
– Exercice d'une activité concurrente pendant le préavis ou le contrat de travail (Cass. Soc. 11.02.2003).
– Détournement de clientèle. (Cass. Soc. 24.01.1991).
– Situation matrimoniale avec un conjoint travaillant chez un concurrent.
– Incitation d'un ou plusieurs salariés à quitter l'entreprise pour suivre le supérieur hiérarchique chez un autre employeur (Cass. Soc. 21.10.2003 n° 01-44209).
– Stage effectué chez un concurrent pendant un Congé individuel de formation (Cass. Soc. 10.05.2001, 12.10.2004, « 00.05.2005, 26.01.2006 etc).
– Prise de participation ou acceptation d'un mandat d'administrateur dans une entreprise concurrente (Cass. Soc. 27.02.1991).
– Refus de communiquer à l'employeur des renseignements nécessaires à la poursuite de l'activité de l'établissement, durant un arrêt maladie (Cass. Soc. 18.02.2003 n° 01-41343).

Violences physiques ou verbales
– Violences physique ou verbal à l'égard d'un supérieur hiérarchique (Cass. Soc. 20.07.1987), d'un autre salarié (Cass. Soc. 21.10.1987, 02.10.1997), d'un subordonné (Cass. Soc. 06.02.2002).
– Participation à une rixe (Cass. Soc. 15.06.1988).
– Violence verbale (Cass. Soc. 02.07.1997, 29.11.2000) à caractère raciste (Cass. Soc. 27.06.1996).

Dissimulation à l'embauche
– Dissimulation d'une clause de non-concurrence.
– Remise d'un faux titre de travail pour un salarié étranger.
– Chauffeur dissimulant une infirmité lui interdisant de conduire.
– Dissimulation d'une condamnation pénale directement en rapport avec les exigences du poste occupé.

Vols – Indélicatesses – Détournements – Falsifications – Condamnation pénale
Ces faits relèvent généralement de la faute grave ou de la faute lourde s'ils sont bien établis, car ils sont en totale contradiction avec l'obligation de loyauté.
– Vol au préjudice de l'employeur ou détournements de fonds (Cass. Soc. 28.05.1997, 08.07.1997, 06.11.2001, 21.03.2002, 26.03.2002, 26.03.2003).
– Tentative de corruption d'un fournisseur au détriment de l'employeur (Cass. Soc. 12.06.1996).

– Vol au détriment d’autres salariés.
– Vol au détriment d’un client (faute grave (Cass. Soc. 16.01.2007)).
– Appropriation de matériel, de documents, de marchandises de l’entreprise (Cass. Soc. 12.12.1983, 03.04.2001).
– Utilisation abusive du matériel de l’entreprise (C.A. Versailles 11.06.2003).
– Acceptation de cadeaux ou d’argent au détriment de l’employeur (Cass. Soc. 25.06.2002).
– Fausses notes de frais, ou faux documents ou surcharge de notes de frais, usage d’essence ou de produits à titre personnel.
– Prêter son véhicule de fonction à un tiers (Cass. Soc. 18.06.2003).
– Détention de la recette, détournement de fonds (faute grave).
– Complicité dans des opérations frauduleuses (faute lourde) ou détournement de fonds au détriment du Comité d’Entreprise.
– Falsification de bons de travail servant à calculer le salaire (Cass. Soc. 07.06.1972), ou de rapports d’activité C.A. Reims 20.06.2001).
– Faux rapports de visite d’un visiteur médical (Cass. Soc. 22.11.1978).
– Fausses notes de frais (Cass. Soc. 05.02.1980, 18.02.2003).
– Fausses factures (Cass. Soc. 10.06.1997), ou défaut de factures (Cass. Soc. 04.03.2003).
– Antidatage d’un certificat médical (Cass. Soc. 12.02.1985).
– Indélicatesses dans l’exercice de ses fonctions.
– Utilisation abusive de la photocopieuse pour des documents couverts par le secret professionnel (Cass. Soc. 03.10.1990, 01.04.2003).
– Ouverture d’un courrier confidentiel à l’insu de son destinataire (Cass. Soc. 05.03.1987).
– Condamnations ou infractions pénales.
– Fausse déclaration d’accident de travail ou de trajet.
– Falsification du disque de contrôle par un chauffeur routier.
– Ne pas assister à des cours de formations payés par l’employeur.
– Extorquer des fonds au comité par un de ses membres.
– Relever et diffuser des informations contenues dans le fichier client de l’employeur (Cass. Soc. 24.10.1989).

Fautes commises à l’occasion de la grève
– Entrave à la liberté du travail (bloquer les issues) (faute lourde).
– Atteinte au droit de propriété (refus de restituer un véhicule, propriété de l’entreprise) (faute lourde).
– Atteinte à la liberté : séquestration d’un supérieur hiérarchique ou d’un membre de l’encadrement.
– Participation à une grève illicite.
– Frapper un salarié qui refuse de s’associer à une grève (faute lourde).

Étranger sans titre valide

– Non-renouvellement d'un titre de travail (si le salarié étranger est un salarié protégé, l'employeur est dispensé de la procédure d'autorisation administrative préalable).

Attention : l'employeur qui n'aurait pas adressé au salarié étranger les attestations demandées pour le renouvellement du titre serait responsable et le licenciement serait annulé (C. Appel de Paris 16.11.1990 et 06.12.1990).

Sabotage – Destruction de matériel

– Destruction d'ouvrages, de matériel, (Cass. Soc.14.01.1997) de documents (Cass. Soc. 30.04.1997).

Spécifique aux cadres et agents de maîtrise

– Excès d'autorité, manque de sens du commandement (Cass. Soc. 21.01. 2003, 04.03.2003).
– Perte d'exploitation d'un cadre muni de délégation.
– Erreurs de gestion.
– Comportement inadmissible d'un cadre vis-à-vis de ses collègues avec lesquels ses fonctions l'amènent à collaborer.
– Divergences de vue sur la politique de l'entreprise (Cass. Soc. 23.01.2002).
– Incompatibilité d'humeur, mésentente rendant la collaboration impossible (si ce motif est associé à d'autres et entraîne une dégradation du travail).
– Insuffisance de résultats.
– Refus d'établir des comptes-rendus ou les rapports d'activité demandés.
– Fait, pour un cadre, de traiter en dépit des instructions reçues, avec des sociétés à la solvabilité douteuse.
– Constatation d'un déficit important dans l'inventaire.
– Présentation d'un bilan ou d'un compte d'exploitation inexact.
– Maintenir à son poste un salarié ayant commis des détournements de fonds.
– Critique publique dénigrant la société auprès des fournisseurs ou clients (Cass. Soc. 03.04.1984, 28.02.1980, 01.07.1981), ou auprès de ses collaborateurs (Cass. Soc. 24.01.1989).

F. LA PROCÉDURE À RESPECTER ET LES MODÈLES DE LETTRE

Se reporter au chapitre XI.

Modèle de lettre de convocation à un entretien préalable à un licenciement

Lettre R.A.R. ou remise contre décharge

Lieu
date
Destinataire

M…

Nous avons le regret de vous informer que nous sommes amenés à envisager une mesure de licenciement à votre égard. En application de l'article L. 1232-2 du Code du Travail, nous vous convions à un entretien préalable : le (*date*) à (*heure*) à (*lieu*).

Nous vous rappelons que vous pourrez vous faire assister par un membre du personnel de votre choix, dès lors qu'il est salarié de l'entreprise.

(*Dans les entreprises dépourvues de représentants élus du Personnel*) Nous vous rappelons que vous pouvez vous faire assister lors de cet entretien par un membre du Personnel de l'entreprise ou une personne extérieure inscrite sur la liste arrêtée par le Préfet, que vous pourrez consulter à la mairie (*adresse impérative*) et à l'Inspection du Travail de (*adresses*).

(*En cas de faute grave ou lourde*) Compte tenu de la gravité des faits qui vous sont reprochés, nous vous confirmons une mise à pied conservatoire, rémunérée, dans l'attente de la décision à intervenir, et du déroulement de la procédure. Nous vous demandons donc de ne plus reparaître dans l'entreprise sans notre accord ou notre demande.

Veuillez agréer…

Modèle de lettre de notification d'un licenciement disciplinaire

Lettre recommandée

Lieu
Date
Destinataire

M... ,

Comme suite à notre entretien préalable du..., et après réflexion, nous avons le regret de vous notifier votre licenciement pour les motifs invoqués lors de notre entretien précité et que nous résumons ci-après : (*énumérer les fautes reprochés et les faits fautifs*).

1. *On rappelle le contexte de l'établissement et de la fonction de l'intéressé, l'importance de son rôle.*
2. *On traite de « la goutte d'eau ayant fait déborder le vase », en prouvant la perturbation apportée à la bonne marche de l'entreprise, compte tenu de la fonction de l'intéressé (elle doit dater de moins de deux mois).*
3. *On vide le vase.*
4. *On « bétonne » le dossier en rappelant notamment les sanctions antérieures.*

(Le rappel des fautes énoncées dans un courrier antérieur, ne constitue pas l'énoncé des motifs précis exigés par la loi (Cass. Soc. 01.04.2003, n° 00-41428).

La première présentation par la Poste de la présente (ou la remise de cette lettre contre décharge, si une transaction n'est pas envisagée) marque le point de départ de votre préavis de... mois.

(*En cas de préavis effectué*) :

Vous serez tenu, pendant votre préavis, à respecter l'ensemble des obligations de votre contrat de travail. Vous voudrez bien convenir avec votre responsable hiérarchique des modalités d'utilisation de vos heures pour recherche d'emploi.

(*En cas de préavis non effectué*) :

Afin de vous faciliter la recherche d'un nouvel emploi, nous vous dispensons d'effectuer votre préavis qui vous sera rémunéré aux échéances habituelles. Dans le cas où vous trouveriez un nouvel emploi avant la fin du préavis, vous voudrez bien nous en faire part afin de vous libérer plus tôt si vous le souhaitez.

Dès la fin de votre préavis, nous tiendrons à votre disposition les éléments de liquidation de votre compte et notamment votre certificat de travail et votre attestation pour l'ASSEDIC.

Veuillez agréer...

(*En cas de faute grave ou lourde, après l'énumération des fautes reprochées, écrire*) :

Les faits qui vous ont été reprochés constituent une faute grave (*ou lourde*) rendant impossible votre maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Votre contrat de travail sera donc résilié lors de la première présentation par la Poste de la présente lettre (*nous tenons à votre disposition les éléments de liquidation de votre compte*).

G. LES CAS DE NULLITÉ D'UN LICENCIEMENT

Un juge ne peut annuler un licenciement que :
- dans les cas expressément prévus par la loi (Cass. Soc. 19.06.2002 n° 00-43.658) ;
- ou dans l'hypothèse de la violation d'une liberté fondamentale (Cass. Soc. 09.10.2002 n° 00-45.608).

Les principaux cas sont les licenciements :
- discriminatoires (art. L. 1132-1 à 4) ;
- prononcés, suite à une action en justice du salarié, fondée sur la violation du principe d'égalité entre les hommes et les femmes (art. L. 1144-3) ;
- prononcés, suite à une action en justice du salarié, fondée sur la violation du principe « À travail égal, salaire égal » (art. L. 1144-3) (Cass. Soc. 20.02.2008 n° 06-40.615 P) ;
- prononcés à l'encontre de victimes ou témoins d'agissements qualifiés de harcèlement moral ou sexuel (art. L. 1152-2 à 4) ;
- prononcés dans les établissements sociaux et médicaux sociaux, à l'encontre de salariés ayant témoigné, (ou relaté), de mauvais traitements ou de privations infligés à une personne accueillie (art. L. 313-24 du Code des activités sociales et familiales, (Cass. Soc. 26.09.2007 n° 06-40.039) ;
- prononcés en méconnaissance du droit de grève (art. L. 1132-2 et 4) ;
- prononcés en méconnaissance de la protection accordée aux victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles (art. L.1226-13), (chap. XXII). Prononcés en méconnaissance de la protection accordée aux représentants du personnel et aux représentants syndicaux (art. L. 2411-3, 5 et 8), (chap. X) ;
- prononcés en méconnaissance de la protection accordée aux femmes enceintes (art. L.1225-4 et 5), (chap. XXI).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Ils sont naturellement très nombreux et portent notamment sur :
- la contestation des faits non établis ;
- la disproportion entre le fait reproché et la sanction prise ;
- la preuve du faux motif de licenciement cachant en fait un motif différent mais qui n'est plus réel.

Les employeurs perdent souvent leur procès devant les Conseils de prud'hommes :

– soit pour erreur dans la procédure suivie (voir chap. XI) ;
– soit pour disproportion entre « la goutte d'eau » invoquée et la lourdeur de la sanction prise, en l'occurrence le licenciement. En fait, ils devraient avoir toujours à l'esprit que si une « goutte d'eau a fait déborder le vase », c'est que celui-ci était déjà bien rempli. La grande erreur de beaucoup d'employeurs est de se limiter au dernier fait fautif sans invoquer les autres.
– soit pour absence de justifications probantes. Il ne suffit pas d'avoir raison, d'être de bonne foi, il convient de justifier des faits qu'on allègue.

QUESTIONS / RÉPONSES

Les preuves audiovisuelles peuvent-elles être probantes ?

Non, l'employeur ne saurait invoquer, à l'appui d'un licenciement pour perte de confiance, l'enregistrement d'une conversation téléphonique utilisée à des fins déloyales (C.A. Paris 02.11.1995, R.J.S. 1/96 n° 4). Dans le même sens, l'employeur ne saurait fonder le licenciement pour insuffisance professionnelle, sur le résultat d'une enquête téléphonique effectuée par un tiers à sa demande (C.A. Paris 28.09.1995, R.J.S. 1/96 n° 4), ou sur les comptes-rendus de filature (Cass. Soc. 22.05.1995, R.J.S. 7/95 n° 757). En fait, l'obligation de bonne foi, inhérente aux obligations contractuelles, impose à l'employeur de ne pas faire usage d'un procédé clandestin de contrôle de l'activité des salariés à leur insu, ce qui constitue un mode de preuve illicite. À défaut d'avoir prévenu le salarié, l'employeur sera privé du droit d'invoquer les résultats d'un tel contrôle à l'appui d'une sanction ou d'un licenciement (Cass. Soc. 05.07.1995, R.J.S. 11/95 n° 1110).

L'absence ou la suppression d'un diplôme requis peut-elle justifier un licenciement ?

Si l'employeur n'avait pas vérifié les diplômes et titres lors de l'embauche du salarié, ou qu'il savait pertinemment que le salarié ne possédait pas les titres indispensables ou dont il s'était paré, et que celui-ci était resté dans l'entreprise pendant une longue période, ce ne pourrait être une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. Soc. 16.10.1983 et C.A. Paris 11.11.1995, R.J.S. 1/96 n° 9).

Que peut-on faire si un salarié travaille pendant sa maladie ?

Si la preuve que le salarié exécutait un travail important pendant une absence maladie (construire sa maison par exemple), il y aurait déloyauté et licenciement

justifié (Cass. Soc. 21.05.1996, R.J.S. 7/96 n° 782 et 21.07.1994, R.J.S. 9/94 n° 974).

Un fait commis par un accidenté du travail avant sa visite de reprise peut-il justifier d'un licenciement ?

L'accidenté du travail, qui a été arrêté, doit passer une visite de reprise. La suspension de son contrat ne prend fin qu'avec son aptitude certifiée par le Médecin du travail. Il ne peut être licencié avant que pour faute grave, et non pour motif disciplinaire (Cass. Soc. 12.03.2002 n° 981 P, R.J.S. 6/02 n° 671).

Peut-on refuser d'effectuer un travail sans risquer le licenciement ?

Oui, par exemple :
– refus d'exécuter un travail dans des conditions non conformes de sécurité (Cass. Soc. 28.10.1992 n° 3590) ;
– refus de conduire un véhicule défectueux (Cass. Soc. 24.06.1991 n° 113 D) ;
– refus pour un peintre en bâtiment de monter sur un échafaudage alors que ce travail ne figurait pas dans les tâches pouvant être confiées à un salarié de sa qualification et qui n'avait reçu aucune formation pour ce faire (Cass. Soc. 11.12.1991 n° 4306 D) ;
– refus de porter une charge justifié par l'état de santé du salarié (Cass. Soc. 16.06.1993 n° 2305 D) ;
– refus par un salarié d'exécuter un travail de qualification très inférieure aux fonctions qu'il occupe, et non exceptionnel, dicté par l'urgence ou l'hygiène ou la sécurité (Cass. Soc. 10.07.1986) ;
– refus d'un salarié de travailler dans un local insuffisamment chauffé, la température extérieure étant très basse (Cass. Soc. 05.06.1986).

Peut-on être licencié pour un fait imputable à un tiers ?

Normalement, non. Toutefois, il y a quelques exceptions :
– deux salariés engagés en vertu de contrats interdépendants. Par exemple, contrat de deux époux dépendants l'un de l'autre (Cass. Soc. 10.12.1985) ;
– retour d'un salarié remplacé et que l'employeur doit réintégrer (Cass. Soc. 13.01.1982 – 12.10.1983 – 02.07.1985). Ce serait dans ce cas un licenciement économique (voir chap. XXII) ;
– la perte de confiance d'un employeur en raison de faits reprochés à son conjoint ou un membre de sa famille : conjoint travaillant chez un concurrent (Cass. Soc. 04.04.1979 – 06.10.1982) ; agissements concurrentiels du concubin (Cass. Soc. 25.11.1987 – 11.05.1989).

Peut-on être licencié pour une « divergence de vue » ?

Pour un cadre supérieur, la bonne marche de l'entreprise exige qu'il y ait

identité de vue, d'appréciation sur l'organisation, la politique et la stratégie à suivre... Dès lors, bien que sans cause réelle et sans faute, un licenciement fondé sur une divergence d'appréciation a été jugé valable dans le passé (Cass. Soc. 23.06.1976 – 04.01.1978). Ce motif est désormais insuffisant (sauf pour les Dirigeants en général), l'employeur aurait intérêt à invoquer, en même temps, d'autres fautes pour les autres salariés.

Peut-on être licencié pour des faits anciens ?

Le ou les faits justifiant un licenciement doivent être récents (exemple, un licenciement pour motif disciplinaire ne peut-être fondé que sur un fait porté à la connaissance de l'employeur depuis moins de deux mois). Toutefois, des faits anciens peuvent revivre par l'effet de nouveaux griefs récents (Cass. Soc. 11.03.1981 – 22.07.1986)

Peut-on licencier un salarié non fautif à cause de son conjoint ?

En principe, non. Toutefois, dans le cas où les deux contrats de travail sont interdépendants, le licenciement de l'un des conjoints peut entraîner celui de l'autre.

Exemples : un ménage au service de l'employeur (Cour d'appel de Reims 05.06.1979) gardiens et concierges, dont les contrats sont interdépendants. Citons aussi l'envoi par la concubine d'une lettre menaçante et ordurière à l'employeur de son compagnon (Cour d'appel de Metz 15.11.1988). Citons enfin les menaces et injures par conjoint interposé (Cass. Soc. 20.12.1989 – 22.03.1990).

Peut-on être licencié si la faute n'est pas intentionnelle ?

Tout à fait, s'il est établi l'existence d'une action fautive du salarié ou d'une abstention fautive de sa part (Cass. Soc. 22.10.1987).

Peut-on être licencié pour une faute n'ayant entraîné aucun préjudice pour l'employeur ?

Oui, la gravité d'une faute n'est pas subordonnée à des conséquences dommageables pour l'employeur (Cass. Soc. 19.01.1989).

Un salarié licencié pour faute grave ou lourde peut-il effectuer un préavis ?

En principe, c'était exclu, car l'employeur risquait de voir le qualificatif de faute grave ou lourde lui être retiré.

Cependant par un arrêt du 17.02.2004 (R.J.S. 5/04 n° 429), la Cour de cassation a jugé que la faute grave n'était plus subordonnée au prononcé d'une mise à pied conservatoire. Cependant, nous ne saurions trop recommander de la prononcer quand même.

La procédure de licenciement doit-elle être respectée quels que soient l'effectif employé et l'ancienneté du salarié ?

Oui, depuis la loi du 30.12.1986, la procédure (chap. XI) doit être respectée quelle que soit l'ancienneté du salarié (sauf rupture en cours d'essai – voir chap. I) et quel que soit l'effectif employé. Par exemple, un particulier doit respecter la procédure pour une employée de maison, mais le salarié ne peut se faire assister d'un « Conseiller extérieur ».

Si un salarié retrouve un emploi pendant son préavis non effectué, l'employeur doit-il lui payer le temps restant ?

Oui, si le salarié dispensé d'effectuer son préavis retrouve un nouvel emploi avant le terme de celui-ci, l'employeur doit lui régler le temps restant à courir (Cass. Soc. 10.10.1990 Croix Rouge Française).

Les employés de maison peuvent-ils être assistés d'un « conseiller extérieur » ?

Non, l'assistance du salarié n'est pas requise pour les employés de maison.

Une liaison sentimentale dans l'entreprise permet-elle de licencier un salarié ?

L'existence d'une liaison sentimentale, entre deux salariés d'une même entreprise, ne permet pas à l'employeur de procéder au licenciement pour ce seul motif, même si l'un est le supérieur hiérarchique de l'autre. (C. Appel Nancy 21.11.2000, R.J.S. 5/01 n° 559). Il faudrait prouver que cette liaison a créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. Cette position repose sur le principe de la liberté de sa vie privée, affective ou sexuelle.

Qu'advient-il si le salarié commettait une faute grave pendant son préavis de licenciement ?

Ceci permet à l'employeur de respecter une nouvelle fois la procédure de licenciement pour faute grave avec mise à pied conservatoire immédiate, afin que le salarié ne reste plus une minute de plus, mais ceci « n'autorise pas l'employeur de priver le salarié de son indemnité compensatrice de préavis » (Cass. Soc. 09.05.2000 n° 97-45.294).

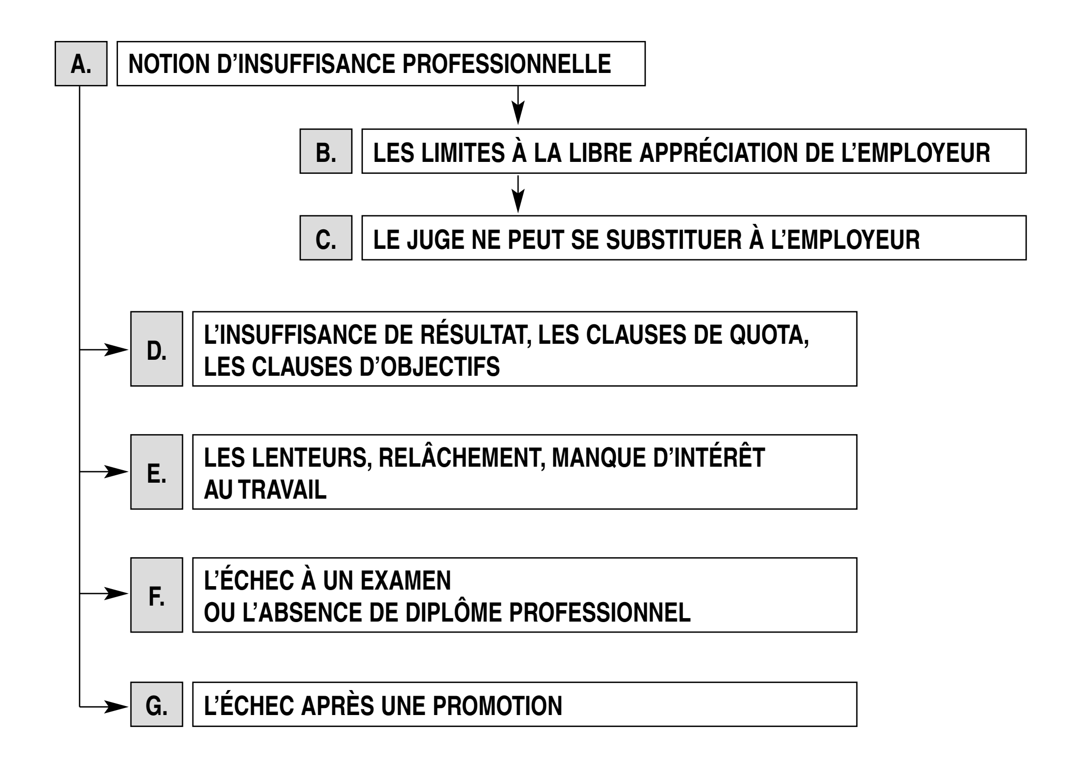
Le refus d'un salarié de prendre un appel professionnel sur son portable est-il une faute grave ?

Non, estime la Cour de cassation, ce n'est même pas une faute légère, (Cass. Soc. 17.02.2004 n° 01-45.889).

XIII

LE LICENCIEMENT POUR INAPTITUDE OU INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LA NOTION D'INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE

Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur a le droit de vérifier si son salarié travaille correctement, bref, respecte bien l'obligation de diligence qui lui incombe.
S'il apprécie que le salarié a une insuffisance professionnelle, pèse d'abord sur lui une obligation de formation (Cass. Soc. 21.10.1998), mais en fin de compte, celle-ci peut être établie (manque de rendement ou de production, baisse du chiffre, erreurs répétées, malfaçons, manque de compétence technique, manque d'autorité pour un encadrant, etc).
L'insuffisance professionnelle ne doit pas résulter de la mauvaise volonté du salarié, mais de son inaptitude à remplir convenablement son emploi. Avouons que ceci est bien subjectif.
Aussi, l'insuffisance professionnelle d'un salarié, au travail pour lequel il a été engagé et pour lequel il est rémunéré, ne constitue plus, à elle seule, une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. Soc. 30.03.1999 n° 1484 P, R.J.S. 12/99 n° 1447 ou 22.02.2000 n° 97-45.724, n° 890 D). Désormais, peu importe qu'elle ait entraîné un préjudice pour l'employeur.

Rappelons que trois éléments caractérisent un contrat de travail : le lien de subordination, la rémunération et une prestation de service. Chômage aidant, la Cour de cassation et les Cours d'Appel ne cessent de rappeler qu'un **salarié n'est pas payé pour travailler, mais pour bien travailler**.

Or, c'est bien à l'employeur d'apprécier les capacités professionnelles du salarié, d'apprécier à quelle hauteur il place la barre du « bien travailler ». Si l'employeur peut prouver que le salarié n'atteint pas les objectifs fixés ou des objectifs raisonnables, qu'il y a insuffisance des résultats obtenus, qu'il n'a pas les compétences ou qualités requises, ceci devrait constituer une cause réelle, sérieuse et légitime de licenciement, non basée sur un fait fautif.

Point n'est besoin que l'inadaptation, l'insuffisance professionnelle ou l'incompétence se soit traduite par une faute professionnelle jugeait dans le temps la Cour de cassation (Cass. Soc. 13.11.1986 n° 84-41.231). Tout cela est fini, par une série d'arrêts concordants, sa position très affirmée désormais est que ce n'est plus, à elle seule, une cause de licenciement car le motif est trop imprécis et laissé au seul jugement de l'employeur.

Par contre, l'inadaptation du salarié aux nouvelles conditions de travail entraînées par la mise en place de nouvelles machines ou de nouveaux logiciels justifie son licenciement, si l'employeur a proposé un stage que le salarié a refusé (Cass. Soc. 22.11.1991 n° 90-43.412).
Donc, l'insuffisance professionnelle peut justifier un licenciement, si les preuves sont flagrantes et matériellement vérifiables, mais jamais une faute grave (Css. Soc. 17.02.2004 n° 01-44.543).

B. LES LIMITES À LA LIBRE APPRÉCIATION DE L'EMPLOYEUR

Par ces arrêts récents et systématiques, la Cour de cassation demande aux juges de vérifier le caractère objectif de l'insuffisance de résultat. « Il faut que l'insuffisance professionnelle invoquée soit préjudiciable aux intérêts de l'entreprise » (Cass. Soc. 23.05.2000), mais cette appréciation de l'employeur ne doit pas être arbitraire (simples jugements de valeur, griefs imprécis, allégations non prouvées…), elle doit reposer sur des éléments circonstanciés, précis, vérifiables, de nature à justifier cette appréciation (Cass. Soc. 10.10.2001).

Cette faculté de l'employeur de fixer « la hauteur de la barre » des exigences, trouve une limite dans un éventuel abus ou détournement de pouvoir de sa part.

- L'employeur ne saurait exiger d'un salarié des performances beaucoup plus élevées que celles dont il se contente pour d'autres salariés présentant les mêmes caractéristiques et exerçant des fonctions semblables (Cass. Soc. 03.01.1990 n° 87-43.521).
- De même si les mauvais résultats ne sont en fait dus qu'à la situation du marché (Cass. Soc. 02.03.1998 n° 897 D).
- L'employeur ne saurait fixer des objectifs irréalisables, même si le salarié les a approuvés (Cass. Soc. 03.02.1999, n° 758 P, R.J.S. 3/99 n° 351).
- L'employeur ne saurait licencier un salarié pour insuffisance de résultat alors qu'il lui a retiré des clients importants (Cass. Soc. 09.03.1988 n° 987 D).
- De même, si les performances du salarié sont inférieures aux normes ou à ses engagements, encore faut-il que ceci lui soit imputable, et non au choix de la politique commerciale de l'employeur ou, à une conjoncture économique désastreuse (Cass. Soc. 30.03.1999, R.J.S. 4/99 n° 641, 14.05.2003, R.J.S. 11/03 n° 1326, 02.12.2003, R.J.S. 2/04 n° 184).
- Dans le même ordre d'idée, lors d'une promotion ou d'un changement de poste, il convient de laisser au salarié « le temps nécessaire pour

s'adapter au nouveau travail», avant de le licencier pour inaptitude professionnelle (C.A. Aix 20.02.1975).

Il faut que l'insuffisance de résultats procède bien de faits objectifs, imputables au salarié, par exemple ce commercial ayant commis des négligences dans la prospection de sa clientèle (Cass. Soc. 26.10.1999 n° 4050 P, R.J.S. 12/99 n° 1447). Il appartient à l'« employeur de justifier qu'il a fourni au salarié les moyens d'accomplir sa prestation de travail (Cass. Soc. 10.02.2004 n° 01-45.216).

C. LE JUGE NE PEUT SE SUBSTITUER À L'EMPLOYEUR

L'employeur est seul juge des qualités professionnelles de ses salariés.
Le juge ne peut se substituer à l'employeur :

– sur l'appréciation des possibilités d'affectation sur un autre poste (Cass. Soc. 11.02.1981 n° 79-41.532) ;
– sur le fait que l'employeur n'ait pas proposé un déclassement avant de licencier (Cass. Soc. 12.12.1983 n° 81-41.572) ;
– en mettant en cause l'organisation de l'entreprise, le mauvais fonctionnement du service (Cass. Soc. 24.10.1979 n° 78-40.863 ou 06.11.1984 n° 82-41.853) ;
– en tirant d'autres conséquences que l'employeur sur les mesures à prendre pour la bonne marche de l'entreprise (Cass. Soc. 05.10.1983 n° 91-41.678).

D. L'INSUFFISANCE DE RÉSULTAT, LES CLAUSES DE QUOTA, LES CLAUSES D'OBJECTIFS

L'insuffisance de résultat ne constitue pas, en elle-même, une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. Soc. 03.11.2004 n° 02-46.077).
Les juges doivent rechercher si le fait de ne pas avoir atteint les objectifs ou d'avoir des résultats notoirement insuffisants résultaient :

– soit d'une insuffisance professionnelle, le salarié ne parvenant pas, malgré ses efforts à atteindre les objectifs fixés ou attendus ;
– soit d'une faute imputable au salarié (Cass. Soc. 25.02.2003).

S'il y a eu une ou plusieurs fautes pouvant justifier d'un licenciement, procéder à un licenciement disciplinaire et étayer ce dossier par la résultante qui est le trop faible résultat.

S’il n’y a pas eu faute, mais manque important de résultats, et que ceci soit objectivement vérifiable, le licenciement pour insuffisance professionnelle est possible (Cass. Soc. 30.11.2005 n°03-47.591).

Naturellement, les juges chercheront si :
– le salarié avait bien été mis en garde par écrit ;
– l’employeur avait bien accordé au salarié les formations nécessaires ;
– l’employeur avait bien accordé au salarié les moyens et pouvoirs nécessaires ;
– les objectifs fixés ou attendus étaient réalistes et atteignables ou raisonnables (Cass. Soc. 13.01.2004 n° 01-45.231) ;
– l’insuffisance de résultat ne résultait pas plutôt d’une conjoncture étrangère à l’activité personnelle du salarié ;
– l’insuffisance des résultats ne résultait pas du choix décidé par l’employeur sur la politique commerciale (Cass. Soc. 19.01.1994 n° 89-40.766) ;

L’employeur devra comparer les résultats du salarié et leur évolution, à ceux de ses collègues, de l’activité concernée de la société, de l’activité de la profession…

L’incompétence alléguée doit reposer sur des éléments concrets et vérifiables, et se manifester dans les répercussions sur la bonne marche de l’entreprise.

De l’insuffisance professionnelle, il faut rapprocher l’impossibilité pour le salarié d’accomplir ses tâches normalement. Ainsi, ce commercial ayant eu un retrait de permis de conduire, et que sa fonction exigeait qu’il conduise lui-même son véhicule, le licenciement a une cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 31.03.1998 n° 95-44274).

Nous ne saurions que conseiller à l’employeur, avant un licenciement, d’avoir avec le salarié concerné un entretien officiel au cours duquel sera signée une « clause de rétablissement ou « d’objectifs à atteindre ».

E. LES LENTEURS, RELÂCHEMENT, MANQUE D’INTÉRÊT AU TRAVAIL

Si ces faits sont prouvés, probants et que la preuve est apportée qu’ils nuisent à la bonne marche de l’entreprise, ils constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. Soc. 29.03.1984 ou 29.02.1984 ou C.A. Aix 12.01.1987).

F. L’ÉCHEC À UN EXAMEN OU L’ABSENCE DE DIPLÔME PROFESSIONNEL

Constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement l’échec à un examen, dès lors que :

– le diplôme est requis pour exercer la fonction, en l’occurrence, le salarié n’avait pas le diplôme nouvellement requis pour exercer sa fonction, le licenciement est donc inhérent à la personne du salarié et fondé (Cass. Soc. 03.02.2004, R.J.S. 4/04) ;
– le contrat individuel de travail stipulait comme clause essentielle de son maintien, la réussite à l’examen ;
– l’employeur a payé une formation longue et imposé la réussite à un examen à un jeune (Cass. Soc. 21.07.1986 Caisse Primaire d’Assurance Maladie de Paris) ;
– la Convention collective prévoit que l’engagement définitif est subordonné à la réussite à cet examen (Cass. Soc. 31.05.1989 pour un élève éducateur).

G. L’ÉCHEC APRÈS UNE PROMOTION

L’employeur peut-il licencier pour insuffisance professionnelle un salarié ancien qui donnait toute satisfaction dans son ancien poste et qui vient d’être promu ? Si le salarié avait formellement accepté une promotion s’accompagnant d’une augmentation de sa rémunération et de ses responsabilités, et qu’il ne se révèle pas capable de faire face à ses nouvelles fonctions, le licenciement pour insuffisance professionnelle est légitime (Cass. Soc. 28.03.1985 n° 82-40.899). En effet, quoique cette position constante soit choquante à première vue, il est considéré que le salarié a accepté en toute connaissance de cause une promotion qu’il aurait pu refuser, sachant très bien qu’on n’est pas payé pour faire tous ses efforts, mais pour faire face et réussir. C’est l’application du fameux principe de Peter (*Le plan de Peter* chez Stock), le salarié en acceptant sa promotion a atteint son niveau d’incompétence, il aurait été avisé de rester dans une fonction où il était compétent.

C’est pourquoi une bonne gestion du personnel consiste à utiliser une « période probatoire », le salarié conservant quelques mois son ancienne qualification et son ancien salaire, mais bénéficiant d’une prime de responsabilité temporaire, qui serait intégrée à sa rémunération si cette période probatoire était jugée satisfaisante. Il prendrait alors le coefficient hiérarchique et la qualification du poste tenu.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Les procès sont nombreux sur ce thème, ils portent la plupart du temps :
- sur l'absence de preuves probantes apportées par l'employeur ;
- sur l'imputabilité à l'employeur ou à la conjoncture des insuffisances ou non-atteinte des objectifs signés.

QUESTIONS / RÉPONSES

L'inaptitude physique ou psychique est-elle une insuffisance professionnelle ?

L'insuffisance de résultats est radicalement différente de l'inaptitude physique ou psychique à l'emploi, laquelle engendre des obligations spécifiques pour l'employeur. Il est notamment tenu à une obligation de reclassement (voir chap. XV).
Par ailleurs, le salarié bénéficie d'une protection particulière par rapport au licenciement pour simple inaptitude professionnelle.

Le retrait d'un permis de conduire constitue-t-il une insuffisance professionnelle ?

De l'insuffisance professionnelle il faut rapprocher l'impossibilité d'accomplir normalement ses tâches. Ainsi, lorsqu'un Inspecteur commercial fait l'objet d'un retrait de permis de conduire et que sa fonction exige qu'il conduise lui-même son véhicule, le licenciement a une cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 31.03.1998 n° 95-44.274).

Un salarié engagé sans période d'essai, peut-il être licencié pour insuffisance professionnelle ?

Certes oui, mais l'employeur ne peut rompre l'essai. Il a eu tort de ne pas inclure une période d'essai dans le contrat, qui est justement destinée en particulier à estimer les compétences du salarié (Cass. Soc. 02.06.1988). Il devra respecter la procédure de licenciement.

Un salarié engagé pour deux fonctions, peut-il être licencié pour insuffisance ne concernant que l'une des fonctions, alors que l'autre est bien tenue ?

Oui, l'employeur pourrait le licencier en prouvant la légitimité des insuffisances professionnelles constatées. Ainsi, un chef comptable également responsable

de l'informatique qui ne réussit que dans l'une de ses deux fonctions a vu son licenciement reconnu comme fondé (Cass. Soc. 08.12.1982).

Un salarié ayant eu de bonnes appréciations, peut-il être licencié pour insuffisance professionnelle ?

C'est le cas classique ou le salarié peut apporter aux juges de bonnes appréciations notées par son hiérarchique lors des derniers entretiens annuels et qui se voit licencié pour « insuffisance professionnelle ».

Naturellement, les juges se régalent et condamnent l'employeur.

Tel est également le cas du salarié ancien n'ayant jamais eu le moindre reproche écrit, ou de celui qui a reçu une gratification réservée aux salariés ayant le plus contribué aux résultats.

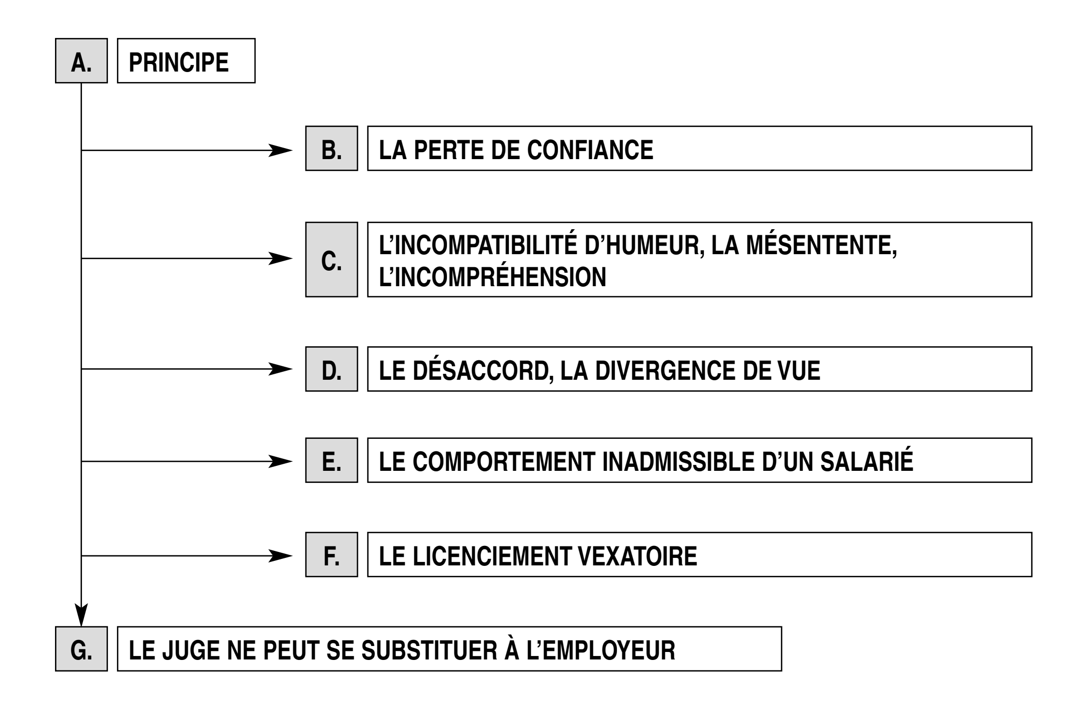
Un employeur peut-il faire passer un test de connaissance à un salarié ayant fini sa période d'essai ?

Certes oui, ne serait-ce que pour orienter ses formations, mais en aucun cas de mauvais tests pourraient justifier d'un licenciement (Cass. Soc. 19.12.2000).

XIV

LE LICENCIEMENT POUR PERTE DE CONFIANCE, INCOMPATIBILITÉ D'HUMEUR, MÉSENTENTE, DIVERGENCES DE VUE

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. PRINCIPE

On comprend qu'un licenciement puisse être justifié lorsque :
– la confiance mutuelle entre l'employeur (ou le responsable hiérarchique) et le salarié n'existe plus ;
– une incompatibilité d'humeur ou une mésentente grave et persistante rend le travail impossible ;
– le désaccord ou la divergence de vue profonde perturbent gravement la bonne marche de l'entreprise ;
– le comportement d'un salarié rend impossible la poursuite de la relation de travail.

Mais comme ces motifs sont trop subjectifs et bien trop simples à invoquer par l'employeur qui en est le seul juge, ils peuvent très rarement justifier à eux seuls un licenciement. Ils sont la plupart du temps utilisés pour accompagner des faits fautifs.

En tout cas, les juges s'attachent toujours à vérifier :
– si les motifs et faits invoqués sont bien de nature à nuire gravement à la bonne marche de l'entreprise ;
– si les faits avancés sont réels, précis, prouvés, et non de vagues soupçons ou motifs (Cass. Soc. 04.02.1998 n° 95-41.982).

En pratique, les juges refusent de plus en plus systématiquement un licenciement fondé sur cette seule raison, même si celle-ci repose sur des éléments objectifs (Cass. Soc. 29.05.2001). Seules les causes de la perte de confiance peuvent fonder un licenciement.

B. LA PERTE DE CONFIANCE

Depuis l'an 2000, la perte de confiance ne constitue plus un motif légitime de licenciement car il est trop imprécis (Cass. Soc. 29.11.1990 n° 87-40.184, R.J.S. 1/91 n° 16, ou 16.05.1991n R.J.S. 7/91 p. 433 ou 19.10.1999 n° 1642 D, R.J.S. 1/100 n° 39, ou 06.10.1999 n° 3426 D, R.J.S. 11/99 n° 1355 ou 25.01.2000 n° 483 D, R.J.S. 3/00 n° 260 ou 25.05.2001, 29.05.2001.
Et depuis un arrêt du 29.05.2001, R.J.S. 9/01 n° 999), même si la perte de confiance repose sur des éléments objectifs et incontestables et il est devenu impossible d'invoquer ce seul motif, car il ne faut pas oublier que depuis la loi du 208/1989, l'article L.1235-1 du C.T. précise que « si un doute subsiste, il profite au salarié ».

« L'allégation dans la lettre de licenciement d'une perte de confiance ne constitue pas l'énoncé d'un motif de licenciement ». (Cass. Soc. 26.01.2000 n° 97-43.047 P + B).
Le seul fait de demander une augmentation ne saurait motiver un licenciement pour « perte de confiance » ! (Cass. Soc. 09.01.2002, R.J.S. 3/02 n° 274).

De simples craintes de l'employeur, même très légitimes, ne constituent pas de tels faits (Cass. Soc. 30.11.1994 n° 93-42.580).
Ne peut légitimer une perte de confiance le fait que l'épouse du salarié ait une activité concurrente, dès lors que le comportement déloyal du salarié vis-à-vis de son employeur n'est pas démontré (Cass. Soc. 09.01.1991. n° 89-43.918).

Le simple risque que le salarié puisse communiquer des renseignements confidentiels ne peut, à lui seul, justifier la perte de confiance, alors qu'il n'est pas apporté de preuves d'éléments objectifs imputables au salarié (Cass. Soc. 10.12.1991 n° 90-44.524).

Des faits relatifs au **comportement du salarié dans sa vie privée**, ne peuvent être pris en considération que si son comportement a créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, compte tenu de la nature de ses fonctions (Cass. Soc. 22.01.1992 n° 90-42.517). « Un fait relevant de la vie personnelle du salarié ne peut constituer une faute » (Cass. Soc. 16.12.1997 n° 95-41.326).

Un licenciement ne saurait être légitimé par **les mœurs** ou les **convictions religieuses** du salarié, sauf si un trouble a été créé compte tenu de la finalité de cette entreprise et la nature des fonctions du salarié (Cass. Soc. 17.04.1991 n° 90-42.636 et 20.11.1991 n° 89-44.605).
Les multiples et préoccupantes négligences du salarié dans l'exécution de son travail qui fondaient la perte de confiance n'ont pas suffit aux juges pour accepter la cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 09.04.2002 n° 00-41.783).
Naturellement, l'incarcération du salarié pour des faits relevant de sa vie privée, ne saurait justifier un licenciement pour perte de confiance, ni même justifier une sanction disciplinaire (Cass. Soc. 19.09.2007 n° 05-45.294 ou 05.03.2008 n° 06-42.387 pour un salarié placé en détention provisoire pour participation à une association de malfaiteurs, détention d'armes de 1ère et 4e catégorie…)
Les cas les plus fréquents sont :
– les actes frauduleux ou malhonnêtes commis hors de l'entreprise ;
– des comportements d'indélicatesse et de malhonnêteté dans l'entreprise,

prouvés par des éléments et faits précis : vol au détriment d'autres salariés (Cass. Soc. 02.07.1985 n° 82-42.239) ;
– des faits précis relatifs au conjoint ou, au concubin, travaillant dans une entreprise concurrente avec le risque de concurrence déloyale peuvent justifier un licenciement (Cass. Soc. 11.05.1989), mais uniquement s'il y a des faits et éléments précis et objectifs (Cass. Soc. 16.05.1991 n° 89-44.061).
– le comportement inadmissible d'un cadre vis-à-vis de son personnel, dans la mesure où il compromet la bonne marche de l'entreprise (Cass. Soc. 07.03.1979 n° 77-40.738).
– la perte de confiance dûment motivée par des faits précis générant un trouble caractérisé au fonctionnement de l'entreprise (Cass. Soc. 09.07. 2002 n° 00-45.068). Nous ne saurions que conseiller aux employeurs d'utiliser cette dernière formule s'ils invoquent la perte de confiance.
– l'incarcération ne saurait justifier un licenciement que si l'employeur prouve qu'elle a entraîné de graves troubles dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise (Cass. Soc. 26.02.2003 n° 01-40.255).

Rappelons que les paroles prononcées lors du droit d'expression ne sauraient légitimer un licenciement pour perte de confiance (art. L. 2281-3 du C.T.)
La perte de confiance résultant de la prise d'acte par un salarié de rupture de son contrat pour faute grave de l'employeur n'est pas un motif de licenciement (Cass. Soc. 13.01.2004 n° 01-47.178 P). En fait l'employeur aurait dû licencier pour faute grave d'abandon de poste.
Il nous semble en effet, que d'arrêt en arrêt, la perte de confiance tend à disparaître comme cause autonome de licenciement, et qu'il est préférable aujourd'hui de se placer sur le terrain du trouble caractérisé au fonctionnement de l'entreprise. Ceci est vrai tant du motif « perte de confiance » que du motif « mésentente » ou « incompatibilité d'humeur ».

C. L'INCOMPATIBILITÉ D'HUMEUR, LA MÉSENTENTE, L'INCOMPRÉHENSION

Le refus par un salarié de suivre les instructions de son responsable hiérarchique avec qui il ne peut s'entendre, dans la mesure où ce comportement peut avoir des conséquences nuisibles sur la bonne marche de l'entreprise, du service, peut justifier d'un licenciement (Cass. Soc. 07.11.1984 n° 82-42.220).
Le mutisme d'un salarié qui ne dénonce pas les agissements frauduleux de son responsable hiérarchique immédiat, est en contravention avec

son obligation de loyauté envers son employeur, et justifie la perte de confiance de celui-ci (Cass. Soc. 06.11.1984 n° 82-41.958), et légitime son licenciement immédiat bien que, notons-le, cette dénonciation est en contravention avec son obligation de loyauté envers son hiérarchique. Les juges estiment que la loyauté envers l'employeur l'emporte.
Mais un différend portant sur des problèmes de rémunération ne saurait justifier un licenciement (Cass. Soc. 22.03.1983 n° 88-41.194), dès lors qu'il est sans incidence sur la bonne marche de l'entreprise.
Une mésentente grave entre un salarié et le personnel d'un service légitimait au XXe siècle, un licenciement (Cass.Soc. 20.07.1989 n° 86-45.075).
Mais aujourd'hui, la mésentente entre salariés, en particulier le refus avec pétition unanime des personnels de travailler sous l'autorité d'un responsable qu'ils récusent, ne peut plus constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, que si elle repose objectivement sur des faits précis imputables au salarié concerné, et si le licenciement est en outre prononcé dans des conditions vexatoires. Il ouvre alors seulement le droit à des dommages et intérêts distincts de l'indemnité pour licenciement abusif. (Cass. Soc. 27.11.2001 n° 99-45.163 P).
Un arrêt (Cass. Soc. 05.02.2002 n° 99-44.383 P) pose le principe suivant: « la mésentente ne constitue une cause de licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables au salarié », (Cass. Soc. 02.10.2002 n° 0-41.546, Cass. Soc. 09.11.2004, R.J.S. 1/05 n° 19).
Par contre, la mésentente entre un salarié et tout ou partie du personnel peut constituer une cause de licenciement, dans la mesure où elle repose objectivement sur des faits imputables au salarié concerné (Cass. Soc. 02.10.2002 n° 0-41.546) et (Cass. Soc. 09.11.2004, R.J.S. 1/05 n° 19).
Nous trouvons des arrêts déjà anciens légitimant un licenciement :
– la détérioration des rapports entre un directeur et son employeur rendant le maintien du contrat de travail impossible (Cass. Soc. 14.04.1983).
– l'incompatibilité d'humeur entre un salarié et son employeur entraînant une situation conflictuelle permanente (Cass. Soc. 29.11.1991).

Par contre, le simple fait d'invoquer dans la lettre de licenciement une « incompatibilité d'humeur », sans invoquer aucun fait matériellement vérifiable, ne répond pas à l'exigence d'un motif précis tel qu'énoncé à l'article L. 1232-6 du C.T. (Cass. Soc. 17.01.2001 n° 98-44.354 P, et 11.05.2005 n° 1067).
Notons que ces arrêts souvent cités datent un peu. Depuis 1998, la Cour de cassation tend à écarter les motifs trop subjectifs, et impose que la preuve soit apportée que la mésentente soit bien imputable au salarié. Il est donc nécessaire que la lettre de licenciement ait évoqué les difficultés objectives rencontrées par l'employeur et le trouble caractérisé au

fonctionnement de l'entreprise qui en résulte, qu'il puisse prouver par des actes et faits réels et concrets, de mésentente ou d'incompatibilité d'humeur entre le salarié et sa hiérarchie, ou entre le salarié et ses collègues ou subordonnés (Cass. Soc. 26.05.1998 n° 95-45.561, 05.01.1999 n° 96-44.97 16.10.1999, R.J.S. 1999 n° 1355). L'arrêt précité du 27.11.2001 pose que les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation de cette imputabilité ou non au salarié licencié.
Par exemple, une lettre de rupture se bornant à invoquer un différend d'incompréhension, ne peut constituer un motif précis et vérifiable de licenciement et rend celui-ci abusif. (Cass. Soc. 14.11.2000 n°98-44.072). Il en va de même d'une lettre n'évoquant que « une mésentente » sans autre précision (Cass. Soc. 05.02.2002 n° 99-44.383 P).
Bref, depuis la loi du 02.08.1989, l'article L. 1235-1 qui dispose que « S'il subsiste un doute, il profite au salarié », il convient d'utiliser avec une extrême prudence ce motif de licenciement.

D. LE DÉSACCORD, LA DIVERGENCE DE VUE

En soi, un de ces motifs ne peut justifier d'un licenciement. Il faut qu'il repose sur des éléments objectifs imputables au salarié (5.02.2002 n° 99-44.343 par exemple).
Il faut prouver que le désaccord, la mésentente ou la divergence de vue invoqués ont des conséquences nuisibles sur la bonne marche de l'entreprise. Sinon, le licenciement serait considéré comme abusif, par exemple pour une divergence de vue entre un cadre et la direction sur la politique commerciale de l'entreprise, alors que le salarié obtempérait ne nuisant pas à la bonne marche de la société (Cass. Soc. 11.12.1990. n° 88-40.872).
Une attitude de refus d'un salarié, de collaboration avec un responsable donné, de suivre ses instructions, basée sur des faits et témoignages précis et concordants, caractérise le désaccord et justifie le licenciement (Cass. Soc. 04.10.1995 citée § B et 07.11.1984 n° 82-42.220).

Ainsi :

– désaccord sur les méthodes de gestion entre un Président et un de ses directeurs (Cass. Soc. 26.04.1984, 06.06.1985, 17.12.1987…)
– désaccord prouvé avec les initiatives de son responsable hiérarchique (Cass. Soc. 16.12.1987) ;
– divergences de vue de plus en plus profondes entre un cadre et son employeur (Cass. Soc. 22.07.1986).

Globalement, en dehors des cadres dirigeants, où ce motif peut être invoqué, il est de plus en plus repoussé par la jurisprudence. Ainsi, le grief de divergences de vue invoqué contre un salarié qui n'avait proféré ni injure, ni propos diffamatoires ou excessifs, relève du droit à la liberté d'expression (Cass. Soc. 25.01.2000 n° 469 D).

La mésentente entre un salarié et tout ou partie du personnel peut justifier un licenciement, si les preuves apportées par l'employeur sont objectives (témoignages des salariés concernés), et vérifiables objectivement (Cass. Soc. 27.11.2001 n° 99-45.163)

E. LE COMPORTEMENT INADMISSIBLE D'UN SALARIÉ

Une attitude de dénigrement systématique de la Direction par un salarié, prouvée par des faits objectifs et des témoignages permet à l'employeur d'invoquer la perte de confiance (Cass. Soc. 04.10.1995 n° 94-42.124).

Un salarié dont le comportement a créé un climat incompatible avec la bonne marche de l'entreprise, quelles que soient, par ailleurs, sa compétence et ses aptitudes reconnues (Cass. Soc. 05.11.1981).

Le licenciement d'un salarié qui a cherché à se soustraire à son licenciement en se faisant désigner délégué syndical (C.A. Paris 24.09.1987).

F. LE LICENCIEMENT VEXATOIRE

Depuis quelques années, se sont multipliées les demandes distinctes de dommages et intérêts :
– l'une au titre d'un licenciement abusif, sans cause réelle et sérieuse, ou totalement disproportionné par rapport aux faits reprochés ;
– l'autre au titre du côté vexatoire de la mesure.

Les juges admettent depuis longtemps la possibilité d'obtenir deux sommes distinctes au titre de la mise en œuvre et des circonstances du licenciement Cass. Soc. 12.03.1987 n° 84-41.002).

Les exemples abondent : (Cass. Soc. 29.06.1995 n° 94-40.538, ou 25.01.1989 n° 86-40.538 pour lequel le licenciement s'était accompagné de menaces de l'employeur), ou C.A. Toulouse 21.03.1997 n° 5918/95 où il y eut une mise en œuvre particulièrement brutale d'une clause de mobilité.
Il y a cumul des deux indemnisations. Ainsi dans un arrêt (Cass. Soc.

16.12.1998 n° 96-43.932), le salarié qui avait 29 ans d'ancienneté a obtenu des dommages et intérêts pour rupture vexatoire, au seul motif de sa dispense de préavis pourtant payé par l'employeur, alors que par ailleurs le motif économique a été jugé comme réel et avéré.
Dans le même sens, sur une faute grave reconnue, les juges ont quand même attribué des dommages et intérêts pour réparer les vexations subies dans le cadre de son licenciement (Cass. Soc. 16.12.1998, n° 96-43.932).
L'auteur lui-même a subi une pareille mésaventure. Le jugement d'appel, confirmant le jugement prud'homal, a noté que les fautes graves reprochées étaient avérées, mais que le fait d'avoir placé ce Directeur de golf en mise à pied conservatoire, le temps de respecter la procédure du licenciement pour faute grave, avait été très vexatoire pour lui. Comme on trouve par ailleurs, de nombreux arrêts précisant que si le salarié reste dans l'entreprise le temps de la procédure, l'employeur ne saurait invoquer ultérieurement la faute grave, puisque sa présence avait été acceptée, on pourrait être amené à penser que tout licenciement pour faute grave est nécessairement vexatoire. Avec des fautes graves acceptées, l'intéressé a obtenu 6 mois de rémunération pour licenciement « vexatoire ».
Un comble !

G. LE JUGE NE PEUT SE SUBSTITUER À L'EMPLOYEUR

Principe général, il n'appartient pas au juge de se substituer à l'employeur dans son rôle de direction de l'entreprise.
Ainsi, en présence d'une situation conflictuelle entre deux salariés, de nature à nuire gravement à la bonne marche d'un service, l'employeur est seul juge du choix du salarié à licencier (Cass. Soc. 19.06.85 n° 82-40.760).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Illégitimité du licenciement justifié par un motif imprécis, faute d'alléguer des faits précis et objectifs (Cass. Soc. 14.05.1996, R.J.S. 6/96 n° 66).

QUESTIONS / RÉPONSES

Le mariage ou la liaison de deux salariés du même établissement peut-il légitimer un licenciement ?

Non, ce serait une atteinte à la vie privée et l'employeur se verrait condamner « s'il fondait un licenciement sur un comportement personnel demeuré sans incidence sur la bonne marche de l'entreprise : ainsi pour la liaison d'une employée avec un supérieur hiérarchique » (Cass. Soc. 30.03.1982 n° 79-42.107).

Le licenciement d'un salarié, au seul motif que son conjoint travaille dans une société concurrente est-il abusif ?

Oui, si le salarié n'a accès à aucun document secret ou confidentiel, si son intégrité ne peut être mise en doute, si aucun fait précis ne vient justifier la perte de confiance (Cass. Soc. 14.10.1987).

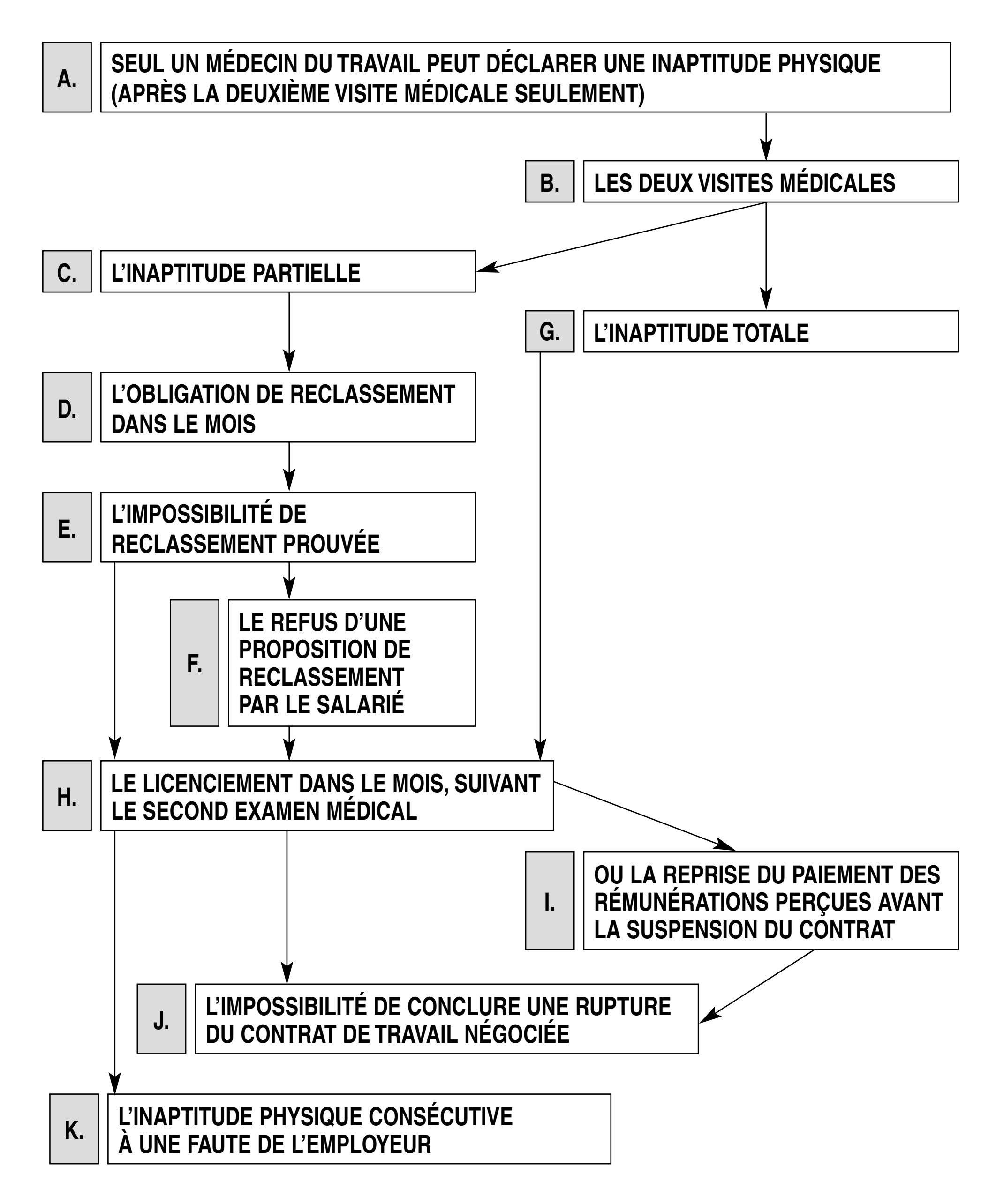
Est-il raisonnable pour un employeur de fonder un licenciement sur une perte de confiance, une mésentente, une incompatibilité d'humeur ?

Non.

XV

LE LICENCIEMENT POUR INAPTITUDE PHYSIQUE

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. SEUL UN MÉDECIN DU TRAVAIL PEUT DÉCLARER UNE INAPTITUDE PHYSIQUE (ART. L.122.45)

Seul un médecin du travail est habilité à constater que l'état de santé d'un salarié le met dans une impossibilité physique d'exercer tout ou partie des tâches et fonctions attachées à son emploi antérieur (art. R. 4624-31). En effet, seul le médecin du travail de l'entreprise est censé connaître les réelles conditions de travail dans cette unité, et en tout cas il a le pouvoir d'y enquêter que n'a pas le médecin traitant. Il doit y avoir deux visites à 15 jours d'intervalle.

C'est pourquoi revêt un rôle primordial, la visite médicale de reprise :
– après tout arrêt pour accident de travail ou maladie professionnelle ;
– après tout arrêt grossesse – maternité ;
– après des arrêts répétés.

Même dans le cas où le médecin contrôleur de la Sécurité sociale aurait déclaré le salarié apte à reprendre son travail, l'employeur doit faire procéder le plus vite possible aux deux visites de reprise par le médecin du travail, sous peine de risquer d'être condamné à payer le maintien de salaires sans les indemnités journalières de la Sécurité sociale (Cass. Soc. 10.10.1995 n° 91-45.647).

L'attribution au salarié d'une pension d'invalidité par la Sécurité sociale, comme la présentation d'un certificat du médecin traitant, ne peuvent dispenser l'employeur de cette obligation (Cass. Soc. 13.03.1991, R.J.S. 5/91 p. 30). L'avis du médecin de la Sécurité sociale ne s'impose pas au médecin du travail (Circ. min. 94-13 du 21.11.1994).

D'ailleurs l'attribution d'une invalidité par la Sécurité sociale, même de 2e ou 3e catégorie, marque seulement les difficultés qu'aura le salarié à trouver un emploi, mais ne lui interdit aucunement de retravailler. Tout salarié qui serait licencié au seul motif qu'il vient d'obtenir une inaptitude de deuxième catégorie, obtiendrait sans mal la nullité de son licenciement et des dommages et intérêts (Cass. Soc. 13.05.2001 n° 98-43.403 P).

Le salarié peut voir son état de santé s'améliorer, et son classement peut être révisé par la Sécurité sociale, en particulier s'il vient à exercer à nouveau une activité salariée.

Attention au piège, ne pas confondre :
- une déclaration d'inaptitude temporaire à la reprise du travail qui ne permet pas de rompre le contrat pour inaptitude à l'emploi, et qui a pour seul effet de différer la reprise du travail ;
- et une déclaration d'inaptitude physique totale au poste de travail ou d'inaptitude physique totale à tout empoi dans l'entreprise faisant l'objet du présent chapitre (Cass. Soc. 18.11.1992).

B. LES DEUX VISITES MÉDICALES

Art. R. 4624-31 : « *Sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour sa santé ou sa sécurité ou celles des tiers, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude médicale du salarié à son poste de travail, qu'après avoir réalisé :*
1° Une étude de ce poste ;
2° Une étude des conditions de travail dans l'entreprise ;
3° Deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines, accompagnés, le cas échéant, des examens complémentaires ».

Il résulte des dispositions du Code du Travail :
- que l'aptitude du salarié à reprendre son emploi doit être constatée par le médecin du travail lors de la reprise du travail et au plus tard dans le délai de huit jours ;
- que le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude du salarié à son poste de travail qu'après une étude de ce poste et des conditions de travail dans l'entreprise ;
- que le médecin du travail doit effectuer deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines, sauf danger immédiat.

À l'issue d'un délai d'un mois, l'employeur est tenu de verser, au salarié déclaré inapte à reprendre son emploi ou tout emploi dans l'entreprise et qui n'est ni reclassé dans l'entreprise, ni licencié, le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail (voir ci-après § I). Ce délai ne commence à courir qu'à partir de la date du second de ces examens médicaux (Cass. Soc. 28.01.1998 n° 95-44.301 P ou, 16.06.1998, n° 96-42.279 n° 3057 P).
Attention : la seconde visite, obligatoirement espacée de deux semaines, est obligatoire.
Un médecin du travail avait mentionné une inaptitude totale, précisant « une seule visite ». L'employeur ayant licencié fut condamné ! (Cass. Soc. 19.01.2005, R.J.S. 3/05 n° 268).

La Cour de Cassation exige en effet que pour qu'une inaptitude physique totale puisse être déclarée à la première visite, il faut que :
– le médecin du travail précise que le maintien du salarié à son poste entraîne un danger immédiat pour sa santé ou sa sécurité, ou celles des tiers, (Cass. Soc. 21.05.2008 n° 07-41.380 P + B) ;
– l'avis du médecin du travail mentionne expressément la référence à l'article R. 4624-31 et qu'une seule visite est effectuée pour danger immédiat (Cass. Soc. 01.12.2005 n° 04-48.607 P + B).

C. L'INAPTITUDE PARTIELLE

La médecine du travail peut déclarer une inaptitude partielle, par exemple :
– port de charges interdit pour un manutentionnaire ;
– conduite automobile prolongée interdite pour un chauffeur ;
– pas plus d'une heure de conduite par jour pour un commercial ;
– station debout pénible proscrite ;
– travail prolongé derrière écran interdit pour un opérateur...

Il n'y a aucune distinction à faire entre une inaptitude temporaire et une inaptitude définitive (Cass. Soc. 22.05.1995 n° 93-44.721). Une inaptitude ne peut pas être considérée comme un cas de force majeure (Cass. Soc. 12.02.2003 P + B, R.J.S. 5/03 n° 597).

D. L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT DANS LE MOIS

Depuis la loi du 31.12.1992, en cas de déclaration d'inaptitude physique partielle, l'employeur a une véritable obligation de reclassement du salarié, dans un emploi compatible avec son état physique, et aussi compatible que possible avec l'emploi précédemment occupé, dans le mois qui suit la date du second examen médical de reprise (Cass. Soc. 29.09.2004 n° 02-43.1801 P + B).
La recherche des possibilités de reclassement d'un salarié victime d'un accident du travail, et déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait avant doit s'apprécier à l'intérieur du Groupe auquel appartient l'employeur concerné parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (Cass. Soc., 07.07.2004 n° 02-47.458, 09.07.2008 n° 07-41.380 P + B).
Cette obligation de reclassement s'impose à l'employeur, quelle que soit

la nature du contrat de travail (C.D.I., C.D.D., contrat d'insertion…) (Cass. Soc. 09.01.2008 n° 06-44.407 ou 08.06.2005 n° 03-44.913).

Si l'employeur ne trouve pas d'emploi compatible, et si l'origine de l'inaptitude est professionnelle, il doit consulter les délégués du personnel s'il y en a. Nous conseillons de leur remettre par écrit les raisons rendant impossible ce reclassement.

Si l'inaptitude physique n'a pas une origine professionnelle, mais privée, la consultation des Délégués du personnel n'est pas requise (Cass. Soc. 08.12.2004 P + B), mais est conseillée.

Si, ni l'employeur, ni les délégués ne trouvent de solution, il convient d'adresser au médecin du travail une lettre exposant l'impossibilité, avec un compte-rendu de la position des délégués du personnel en lui demandant de faire des propositions. En effet, comme l'employeur est tenu de prendre en considération les recommandations du médecin du travail (Cass. Soc. 19.12.2007 n° 06-43.918), encore faut-il les avoir sollicitées. Dans le cas où le médecin ne ferait pas de proposition, mais que l'employeur ne les aurait pas demandées, la rupture serait jugée abusive (Cass. Soc. 24.04.2001 n° 97-44.104 P).

Dans la pratique, ou le médecin du travail propose une solution de reclassement ou il prononce une inaptitude totale dans l'entreprise : l'employeur doit tenir compte des recommandations éventuelles du médecin du travail concernant une mutation ou un aménagement de poste ou de locaux, (art. L. 241-10.1 du C.T.), au besoin en les sollicitant (Cass. Soc. 27.03.1990, R.J.S. 6/90 p. 335 et 19.07.1995 n° 91-44.544).

Si le médecin du travail ne propose aucune solution, l'employeur a intérêt à le mettre en demeure, (poliment), de proposer une issue (art. L. 1226-2).

Dans le cas où le médecin sollicité ne propose aucune solution de reclassement, l'employeur ne peut en profiter pour ne pas rechercher des postes de reclassement. En effet, ce silence du médecin du travail ne dispense pas l'employeur de tout faire pour tenter de reclasser le salarié déclaré inapte (mutation, transformation du poste de travail, aménagement du temps de travail, aide d'un Cabinet d'out-placement). Le licenciement est alors abusif (Cass. Soc. 03.12.2003 n° 01-44.695, 07.07.2004 n° 02-43.141, 02-47.458, 02-43.450 P + B).

Même lorsque le médecin a déclaré le salarié inapte total à tous postes dans l'entreprise, l'employeur doit prouver ses efforts de reclassement à l'extérieur ou dans le Groupe le cas échéant (Cass. Soc. 19.10.2005 n° 02-46.173).

L'employeur a intérêt à proposer par écrit avec accusé de réception, lorsque c'est possible, un emploi à temps partiel, un emploi moins qualifié et moins rémunéré, une ou plusieurs propositions de mutation même

dans un autre département ou service de l'entreprise ou, dans un autre établissement.

Pendant cette période de recherche d'un autre poste compatible avec l'inaptitude déclarée, l'employeur n'est pas tenu de fournir un travail adéquat, ni de verser les rémunérations correspondant à un travail non effectué (Cass. Soc. 13.10.1988).

Mais ce répit ne peut durer qu'un mois.

L'obligation de reclassement s'applique également au salarié victime d'un accident du travail pendant la période d'essai et déclaré inapte, par le médecin du travail, à l'emploi précédemment occupé (Cass. Soc. 25.02.1997 n° 93-40.185).

Le salarié déclaré inapte total ne peut prétendre au paiement d'un préavis qu'il n'est pas en mesure d'exécuter (Cass. Soc. 17.01.2006 n° 03-48.262).

Par contre, un salarié déclaré inapte partiel, dans le cas où les juges estimeraient que l'employeur n'a pas respecté son obligation de reclassement, doit bénéficier du paiement de son préavis (même non effectué). (Cass. Soc. 26.12.2002 n° 00-41.633 P + B). En effet, le non-respect de l'obligation de remplacement devant être jugé comme sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 04.05.1999 n° 98-40.959), il en découle que le préavis est dû. La Cour a décidé ce retournement de jurisprudence, pour sanctionner plus sévèrement encore l'employeur ne respectant pas son obligation de reclassement.

Enfin, si l'employeur s'avisait de licencier un salarié pour inaptitude physique avant que le médecin du travail ne se soit prononcé définitivement, (second examen), et qu'en plus aucune tentative de reclassement n'ait pu être prouvée, le licenciement serait jugé sans cause réelle et sérieuse, avec toutes les conséquences financières qui en découlent (Cass. Soc. 26.01.2005 n° 03-40.332 P + B).

E. L'IMPOSSIBILITÉ DE RECLASSEMENT PROUVÉE

Une entreprise ne peut licencier un salarié déclaré physiquement inapte par le médecin du travail, qu'après avoir exploré toutes les pistes de reclassement. Mais à l'impossible nul n'est tenu...

Si l'employeur ne peut donner suite, il doit établir par écrit les motifs qui s'opposent à ce que l'on puisse donner suite aux propositions médicales ou, à celles des délégués, et son impossibilité de procéder au reclassement du salarié (Cass. Soc. 07.04.1988 et 20.07.1988, dans l'arrêt de Cassation du 23.09.2003 n° 01-43.599 le salarié chaudronnier a été

déclaré inapte à tout emploi dans l'atelier, mais apte à un emploi administratif. Or l'entreprise n'ayant que trois postes administratifs déjà pourvus, la justice l'a débouté).

Il doit alors faire intervenir l'Inspecteur du Travail, en cas de désaccord, tant avec le médecin du travail qu'avec les délégués.

Il doit adresser par écrit au salarié les motifs qui s'opposent à ce reclassement. L'inobservation de cette dernière formalité prévue par le Code du Travail, ouvre droit à des dommages et intérêts au salarié, en réparation du préjudice subi (Cass. Soc. 19.01.1993, R.J.S. 3/93 n° 249 et 13.10.1993, R.J.S. 11/93 n° 1093). Mais cette indemnité sur le fondement de l'article L. 1226-4 inclut nécessairement la demande de dommages et intérêts pour violation de l'obligation pour l'employeur de notifier par écrit les motifs s'opposant au reclassement (Cass. Soc. 08.07.2003 n° 01-43.394).

La décision est prise par l'Inspecteur du Travail, après avis du médecin-Inspecteur du Travail (art. R. 4624-32). Précisons que cet article permet au médecin du travail de consulter le médecin-Inspecteur du Travail.

Il résulte des décisions jurisprudentielles que l'Inspecteur du Travail ne peut intervenir en vertu de l'article L. 241-10.1 du C.T. qu'en cas de contestation sur l'appréciation émise par la médecine du travail sur l'état de santé du salarié ou sur la nature des postes que cet état de santé permet d'occuper (C.E. 27.07.1984 n° 37.075 ou 29.04.1987 n° 61.504). Ceci semble exclure la possibilité pour le salarié de faire intervenir l'Inspecteur.

Dans le cas où l'employeur ne peut prouver sa recherche sérieuse de reclassement, le licenciement du salarié consécutif à son inaptitude serait déclaré abusif, et l'employeur serait condamné au paiement de l'indemnité de licenciement, au préavis (Cass. Soc. 26.11.2002 n° 00-41.633), aux congés payés de 10 % sur préavis, à des dommages et intérêts et à l'article 700 du NCPC.

Mieux, dans un arrêt (Cass. Soc. 10.03.2004 P + B, R.J.S. 05/04 n° 420, la Cour de Cassation précise que même « en cas d'inaptitude totale », il appartient à l'employeur de rechercher les reclassements par la mise en œuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes au sein du Groupe.

F. LE REFUS D'UNE PROPOSITION DE RECLASSEMENT PAR LE SALARIÉ

Bien que le Code du Travail ne vise pas ce cas, les juges appliquent la jurisprudence qui concerne l'accident du travail ou la maladie professionnelle.

Elle considère que le reclassement constitue une modification d'une clause essentielle du contrat de travail, que le salarié est en droit de refuser (Cass. Soc. 09.04.2002 n° 99-44.678, 15.06.2005 n° 03-43.050). Donc s'il est prouvé que le salarié a refusé une ou plusieurs propositions de reclassement, l'employeur pourra procéder au licenciement, mais il devrait régler l'indemnité compensatrice de préavis et les congés payés y afférent (Cass. Soc. 22.01.1992 n° 335, R.J.S. 3/92 n° 276). Seule la situation où le refus de reclassement du salarié serait jugé abusif permettrait d'échapper au paiement desdites indemnités. Mais si le reclassement proposé entraîne la modification d'une clause essentielle du contrat de travail du salarié, son refus ne peut être considéré comme abusif. Par exemple :

– diminution de la rémunération (Cass. Soc. 30.03.1994 n° 1674 ou, 15.07.1998 n° 3659 PB, R.J.S. 10/98 n° 1208) ;
– changement des conditions de travail (Cass. Soc. 20.10.1998 n° 4198 P, R.J.S. 1/99 n° 8 ou, 10.07.1996 n° 3316 PBF, R.J.S. 9/96 n° 900) ;
– et plus généralement, toute modification d'une clause essentielle du contrat de travail (Cass. Soc. 09.04.2002 P + B, n° 99-44.678 et n° 99-44.192).

Toutefois, la Cour de cassation juge aujourd'hui que si le refus de reclassement est abusif et sans motif légitime, l'employeur ne doit pas l'indemnité spéciale de licenciement, mais seulement l'indemnité conventionnelle de licenciement (ou légale à défaut de convention collective ou si celle-ci est plus favorable).

Le refus du salarié de reprendre son travail pour un motif d'inaptitude non reconnu médicalement constitue un motif suffisant de licenciement pour faute grave.

G. L'INAPTITUDE TOTALE

Si le médecin du travail prononce une inaptitude physique totale, ceci n'empêche pas le salarié de reprendre un nouvel emploi adapté à son état de santé ailleurs, mais ceci empêche le salarié d'exercer un emploi quelconque dans son ex-entreprise.

L'employeur doit alors procéder au licenciement du salarié dans le mois qui suit le prononcé de l'inaptitude physique après le second examen médical, ou sinon, il doit reprendre le paiement des rémunérations que le salarié percevait avant la suspension de son contrat de travail.

Si le médecin du travail délivre un certificat d'inaptitude à tout poste dans l'entreprise, peu importe la délivrance par le salarié d'arrêts de travail

délivrés par son médecin traitant, il convient de le licencier dans le mois ou de reprendre après ce délai d'un mois, le paiement des rémunérations.

Un seul conseil aux employeurs, ne pas se satisfaire d'un avis définitif (2ème examen médical du médecin du travail), pour prononcer le licenciement, il lui faut tenter quand même un reclassement, (et en apporter la preuve), par tous moyens, dans le Groupe, dans un autre établissement, à l'extérieur, par aménagement d'un poste ou des horaires etc ; et surtout d'avoir écrit au médecin du travail pour solliciter quel type d'aménagement serait nécessaire, voire quel type d'emploi le salarié pourrait tenir, même si cet emploi n'existait pas dans l'entreprise.

H. LE LICENCIEMENT DANS LE MOIS

Mais si le reclassement, après toute cette procédure d'exploration s'avère toujours impossible, il ne reste comme issue que le licenciement pour inaptitude. En aucune façon ce licenciement n'est subordonné à une autorisation de l'Inspecteur du Travail qui, à cet égard, n'a pas à se substituer au chef d'entreprise pour conduire la société (Cass. crim. 05.05.1981 et 09.03.1982 n° 79-93.526). Par contre, la procédure de licenciement individuel doit être scrupuleusement respectée (chap. XI). L'employeur doit énoncer, avec détails, le motif précis du licenciement. Tel n'est pas le cas d'une lettre de licenciement se limitant à mentionner l'inaptitude physique sans détailler l'impossibilité de reclassement (Cass. Soc. 09.04.2008 n° 07-40.356 P + B).

Le préavis ne pouvant être exécuté par le salarié, il n'a pas à être rémunéré (Cass. Soc. 12.03.1996, R.J.S. 5/96 n° 533), sauf naturellement, disposition conventionnelle plus favorable.

Attention, la procédure de licenciement ne peut commencer (lettre de convocation à entretien préalable), qu'après le second avis médical définitif du médecin du travail. Si elle commençait avant ce second avis, le licenciement prononcé serait nul, (Cass. Soc. 26.01.2005 n° 03-40.332 P + B).

Par contre, un travailleur handicapé reconnu, (art. L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles), qui bénéficie de la surveillance médicale spéciale (art. R. 4624-19), doit faire l'objet d'une visite médicale avant son embauche (art. R. 4624-10), Si cette condition n'avait pas été respectée, le travailleur handicapé devenu inapte aurait droit à son préavis (Cass. Soc. 10.07.2002 n° 00-41.238).

L'indemnité de licenciement conventionnelle (ou légale à défaut de Convention collective), doit être payée, même si l'origine de l'invalidité du

salarié est un fait de vie privé (chute en avion de plaisance ou U.L.M. saut à l'élastique, compétitions ou sports dangereux...) (Cass. Soc. 24.04.2001).

Si l'employeur ne reprenait pas le paiement des rémunérations dans le mois qui suit le certificat d'inaptitude médicale, le salarié a le droit d'opter :

– pour la poursuite de son contrat de travail et solliciter la condamnation de l'employeur au paiement des salaires ;
– ou faire constater la rupture de son contrat de travail pour manquement de l'employeur à cette obligation. Dans ce cas, le licenciement est jugé comme sans cause réelle et sérieuse, (Cass. Soc. 29.09.2004 n° 02-43.746 P).

I. LA REPRISE DU PAIEMENT DES RÉMUNÉRATIONS

À défaut de reclassement dans le mois qui suit la date du second examen médical de reprise par le médecin du travail ou, en cas d'inaptitude totale prononcée, l'employeur qui n'aurait pas prononcé le licenciement (en respectant la procédure), devrait reprendre le paiement des rémunérations que le salarié percevait avant la suspension de son contrat de travail. Cette disposition s'applique également en cas d'inaptitude totale et définitive (art. L.1226-4) (Cass. Soc. 05.06.1996, R.J.S. 7/96 n° 783). Et peu importe que l'inaptitude soit définitive ou temporaire (Cass. Soc. 22.05.1995, R.J.S. 7/95 n° 771).

La date à partir de laquelle l'employeur est tenu de reprendre le paiement des salaires :

– n'est pas celle de la notification de l'inaptitude par le médecin du travail ;
– mais celle correspondant au terme du délai d'un mois qui lui est imparti pour reclasser ou licencier le salarié (Cass. Soc. 16.06.1998 n° 96-42.279 ou, 05.06.1996, R.J.S. 7/96 n° 783, 12.02.1997, R.J.S. 4/97 n° 403, 10.07.2002, R.J.S. 10/02 n° 1109).

Le montant des sommes que doit verser l'employeur au salarié déclaré inapte est fixé forfaitairement au montant du salaire correspondant à l'emploi occupé avant la suspension du contrat. Par conséquent, l'employeur ne peut déduire de ce montant les prestations sociales versées, même si le salarié obtient en fin de compte davantage que le salaire qu'il aurait perçu s'il avait travaillé (Cass. Soc. 09.01.2008 3 arrêts concordants dont n° 06-41.372).

Les éventuelles dispositions conventionnelles

Si en principe le reclassement d'un salarié victime d'un accident du travail n'implique pas le maintien de sa rémunération antérieure, les dispositions conventionnelles peuvent aménager un système plus favorable aux salariés.

La question s'était posée de savoir, dans ce cas, si le salarié pouvait cumuler la reprise du paiement de son salaire et les indemnités de prévoyance. Dans un arrêt (Cass. Soc. 16.02.2005 n° 02-43.792 P + B), la jurisprudence estime que le cumul est possible, hors disposition conventionnelle expresse.

L'employeur ne peut assurer la compensation. Seule la Caisse de prévoyance pourrait diminuer ses propres prestations si son règlement prévoit le paiement de celles-ci sous condition de ressources.

J. L'IMPOSSIBILITÉ DE CONCLURE UNE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL NÉGOCIÉE

En cas d'inaptitude physique prononcée par le médecin du travail, la transaction ou la rupture conventionnelle ne sont pas possible. En effet, la loi exclut la possibilité pour les parties de transiger et de signer la rupture du contrat de travail d'un commun accord (Cass. Soc. 12.02.2002 n° 99-41.698 P).



K. L'INAPTITUDE PHYSIQUE CONSÉCUTIVE À UNE FAUTE DE L'EMPLOYEUR

Si le licenciement du salarié est dû à une inaptitude physique, et que celle-ci trouve son origine dans une faute de l'employeur, il s'ensuit un préjudice pour le salarié qui a droit à une indemnité réparant la perte de son emploi. Tel est le cas d'une faute inexcusable de l'employeur qui a entraîné l'inaptitude physique.

Dans une affaire jugée en 2006, l'assistante dentaire d'un dentiste avait été atteinte d'une hépatite C, dont le caractère de maladie professionnelle avait été reconnu, et dont l'imputabilité au dentiste avait été jugée comme constituant une faute inexcusable. Elle a donc perçu son indemnité de licenciement, et une réparation de préjudice distincte pour faute inexcu-sable. Mais elle a pu obtenir en plus une réparation supplémentaire en raison du caractère abusif de la rupture de son contrat, puisqu'elle

était due à une faute de son employeur, soit dans ce cas 26.000 € de plus.
Donc, il existe trois indemnisations possibles en cas de licenciement pour inaptitude physique :
– l'indemnité de licenciement réparant la rupture du contrat par l'employeur ;
– l'indemnisation liée à la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, (majoration de la rente, indemnisation spécifique de certains préjudices…) ;
– l'indemnisation de la perte d'emploi due à la faute inexcusable de l'employeur.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

– En cas d'inaptitude partielle, les insuffisances dans les tentatives de reclassement. À défaut de preuves suffisantes que la procédure a été respectée et que les tentatives de reclassement ont été étudiées ou proposées, la jurisprudence considère que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 24.03.1988 ou, 08.07.1992, R.J.S. 9/92 n° 973 ou, 19.07.1995 n° 91-44.544).
– Le Tribunal peut proposer la réintégration du salarié avec le maintien de ses avantages acquis, et en cas de refus par l'une ou l'autre des parties ou, dans le cas où le Tribunal ne proposerait pas cette réintégration, il doit octroyer au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à 12 mois de rémunération. Ceci, en plus de l'indemnité spéciale de licenciement prévue par le Code du Travail, c'est-à-dire le double de l'indemnité légale de licenciement (chap. XXVI), sauf disposition conventionnelle plus favorable.
– La hâte excessive de l'employeur qui licencie, ce qui incite les juges à penser que l'employeur n'a pu examiner sérieusement les possibilités de reclassement (Cass. Soc. 07.07.1987 ou, 28.11.1985 ou, 29.02.1984 etc.).
– L'attaque de l'employeur au pénal, s'il avait licencié le salarié pour inaptitude avant que le médecin du travail n'ait dûment constaté l'inaptitude.

La rupture du contrat de travail d'un salarié dont l'inaptitude est consécutive à un accident du travail ouvre droit pour le salarié, à une indemnité compensatrice soumise aux cotisations sociales (Cass. Soc. 04.10.1990, R.J.S.

11/90 n° 919) d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis et à l'indemnité compensatrice de congés payés non pris y afférent (Cass. Soc. 21.05.1996, R.J.S. 7/96 n° 784).

L'employeur doit respecter la procédure de licenciement, même dans les entreprises de moins de 11 salariés (Cass. Soc. 21.05.1996, R.J.S. 7/96 n° 784).

QUESTIONS / RÉPONSES

Un salarié licencié pour inaptitude physique peut-il refuser d'effectuer son préavis chez un autre employeur ?

L'employeur ne peut imposer une modification unilatérale d'un élément essentiel de son contrat de travail, sans l'accord du salarié, même pendant son préavis (Cass. Soc. 07.05.1996, R.J.S. 6/96 n° 670).

Un licenciement pour inaptitude, notifié pendant un arrêt maladie, est-il reporté à la fin de celle-ci ?

Non, rappelle la Cour de cassation de façon constante, la maladie ne repousse ni un préavis ni la date d'effet du licenciement

Un employeur peut-il déduire du maintien de salaire d'inactivité, le montant de la pension d'invalidité et les indemnités de prévoyance ?

Non, précise la Cour d'Appel de Paris, l'employeur ne peut déduire du maintien de salaire d'inactivité, les prestations perçues par le salarié au titre d'une pension d'invalidité et d'un régime de prévoyance (21.03.1996, R.J.S. 5/96 n° 531).

Qu'advient-il si l'employeur a omis de consulter les délégués du Personnel (D.P.) en cas de licenciement pour inaptitude après accident du travail ?

Le défaut de consultation des D.P. (ou de l'institution unique), est sanctionné par une indemnité égale au minimum à 12 mois de salaire (Cass. Soc. 13.12.1995, R.J.S. 3/96 n° 268).

Qu'en est-il d'un licenciement prononcé pour inaptitude physique avant le second examen médical ?

Il est nul, car contraire aux prescriptions du Code du Travail qui impose que le médecin du travail effectue deux visites à 15 jours d'intervalle (Cass. Soc.

16.07.1998 n° 95.-45.363), une visite de « pré-reprise » et une visite de « reprise ».

Ceci marque une sévérité accrue de la Cour de cassation, il faut impérativement attendre le second examen, sous peine de voir le licenciement refusé, et retomber dans les mesures discriminatoires sur l'état de santé.

Sauf impossibilité, il faut aussi donner pendant ces quinze jours, un travail adapté au salarié concerné (Cass. Soc.15.07.1998. n° 96-40.768).

Un employeur peut-il refuser à un salarié, déclaré inapte, de travailler ?

Un employeur peut refuser à un salarié déclaré par le médecin du travail temporairement inapte d'accéder à son poste de travail. Son refus, d'après la Cour de cassation, « ne constitue pas un trouble manifestement illicite ou une voie de fait » que le juge des référés pourrait faire cesser (Cass. Soc. 21.01.1997 n° 93-43.617). En l'espèce, un médecin du travail qui avait pris l'initiative de soumettre une salariée à un examen médical, avait émis un avis « d'aptitude différée » à la suite duquel l'employeur avait interdit l'accès de l'entreprise à l'intéressée. Celle-ci avait alors saisi la formation de référé de la juridiction prud'homale afin d'être autorisée à reprendre son travail et d'obtenir le paiement de ses salaires. La salariée qui contestait l'avis médical aurait dû saisir l'Inspecteur du Travail.

Un salarié déclaré inapte a-t-il le droit au paiement de son préavis ?

Si son inaptitude a une origine non-professionnelle, (accident de trajet ou privé, maladie non professionnelle), le salarié ne peut prétendre à aucune indemnité de préavis (Cass. Soc. 16.01.2001 n° 98-43.272 P).

Un salarié en désaccord avec sa déclaration d'inaptitude peut-il la contester ?

Oui, si le salarié n'est pas d'accord avec une inaptitude physique prononcée par le médecin du travail il peut former un recours auprès de l'Inspecteur du Travail (C.E. 06.04.2001 n° 217895).

Un salarié peut-il renoncer à sa déclaration d'inaptitude ?

Non, nul ne peut renoncer par avance à un droit, ce qui aurait pour effet d'éluder les obligations de l'employeur. (Cass. Soc. 29.06.1999, 12.02.2002 n° 99-41.698).

Un salarié classé en invalidité peut-il être considéré comme inapte ?

Jamais, même classé inapte en 2e catégorie (ou 3e), le salarié doit passer une visite médicale (demandée par lui-même ou par son employeur), et seul une inaptitude physique prononcée par le médecin du travail peut entraîner

le licenciement. Mais, même si celui-ci déclare une inaptitude totale à) tout emploi dans l'entreprise après son classement en invalidité, ceci ne peut exonérer l'employeur de rechercher un reclassement dans le Groupe ou par transformations, aménagements ou mutations de poste (Cass. Soc. 09.07.2008 n° 07-412.318 P + B).

Qu'advient-il d'un licenciement pour inaptitude avant que le médecin du travail ne se soit prononcé ?

Le Code du Travail ne prévoyant pas la nullité du licenciement, celui-ci sera jugé sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 26.01.2005 n° 03-40.332 P + B).

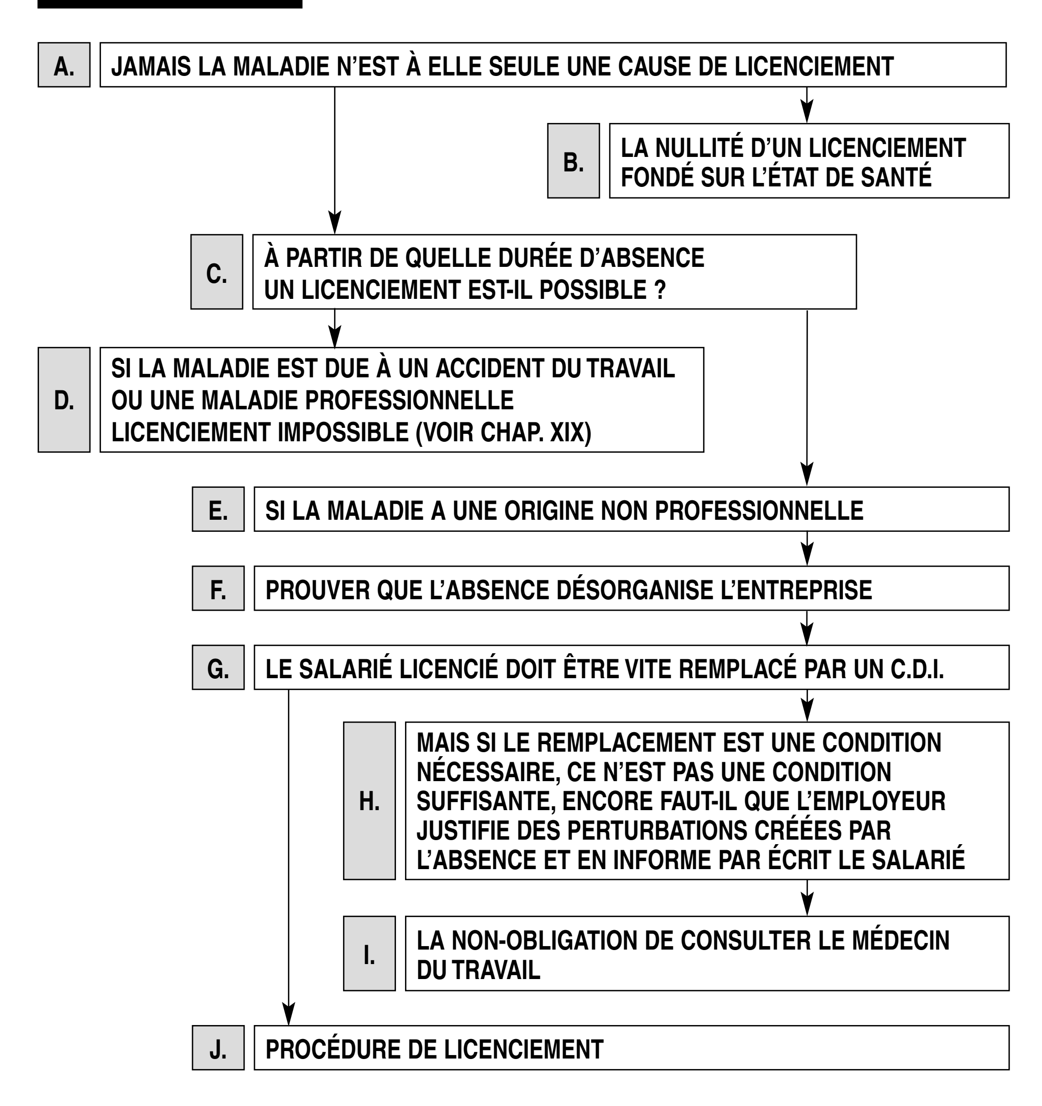
Un employeur peut-il utiliser son pouvoir disciplinaire contre un salarié venant de reprendre son travail après un long arrêt maladie ?

Après un long arrêt de travail pour maladie, le salarié doit passer une visite de reprise dans les huit jours prévus par la loi. La Cour de Cassation a décidé qu'il pouvait être sanctionné pendant ces huit jours d'actes graves d'insubordination, (16.11.2005 n° 03-45.000).

XVI

LE LICENCIEMENT POUR MALADIE PROLONGÉE OU ABSENCES RÉPÉTÉES

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. JAMAIS LA MALADIE N'EST À ELLE SEULE UNE CAUSE DE LICENCIEMENT

Un principe : la maladie du salarié, même prolongée, n'emporte que la suspension du contrat de travail, et en aucune façon sa rupture, même en cas de prolongation pendant plusieurs années. D'ailleurs, il est interdit de discriminer sur l'état de santé, (art. L. 1232-1).

Une exception : les effets de sa prolongation ou de la répétition des absences peuvent, sous certaines conditions, être une cause légitime de rupture, en raison des conséquences dans l'entreprise.
La loi n° 90-602 du 12.07.1990 a posé le principe de la nullité du licenciement intervenu en raison de l'état de santé du salarié. Mais elle n'exclut pas la possibilité d'un licenciement, lorsque l'absence du salarié rend nécessaire son remplacement et engendre des perturbations importantes dans l'activité de l'entreprise.

Si c'est bien l'intervention du médecin traitant qui ouvre la période de suspension, celle-ci ne prend pas fin à la décision de reprise du médecin traitant, mais par celle du médecin du travail (Cass. Soc. 22.03.1989 n° 235).

Par un arrêt du 10.10.1995, la Cour de cassation a condamné un employeur qui avait licencié un salarié après plus de six mois d'absence, et qui s'appuyait sur sa Convention collective qui précisait : « il ne pourra être procédé au licenciement d'un salarié absent pour maladie qu'à partir du moment où son absence aura excédé une durée de six mois ». Elle a rappelé que « cette absence prolongée ne constitue pas en elle-même, une cause réelle et sérieuse de licenciement » (Cass. Soc. 10.10.1995, n° 91-45.744 ou, Cass. Soc. 28.03.1996 n° 94-42.887).

La légitimité d'un licenciement pendant une longue maladie est subordonnée à un autre motif que cette maladie : perturbations que cette absence engendre, nécessité de remplacement, motif économique ou de fin de chantier, perturbations graves dues à des absences répétées. Le motif de licenciement, que ce soit en matière d'absences répétées ou prolongées, n'a jamais été la maladie elle-même, mais la nécessité de remplacement suite à une désorganisation causée par l'absence.

La définition du droit pénal, transposée en droit du travail impliquait qu'il y avait mesure discriminatoire chaque fois que la différence de traitement se révélait fondée sur l'état de santé et non sur l'exécution objective de la prestation de travail.

Mais la Cour de cassation s'est éloignée de cette distinction depuis un arrêt du 28.01.1998, en retenant comme discriminatoire un licenciement pourtant fondé sur les perturbations occasionnées dans l'entreprise par le comportement du salarié. Elle semble désormais s'attacher au fait générateur du comportement répréhensible, en l'occurrence la maladie et non les conséquences. Elle renforce ainsi l'autonomie du droit social par rapport au droit pénal, et semble créer ainsi une nouvelle catégorie de salariés protégés.

Or, dans un licenciement qui serait fondé sur les seules perturbations entraînées dans l'entreprise par une absence prolongée, ne peut-on craindre que ne soit retenue que la cause à l'origine de l'absence, c'est-à-dire l'état de santé ?

Depuis l'arrêt du 11.12.1990, précité, qui a consacré le principe selon lequel la rupture consécutive à une maladie prolongée est un licenciement avec toutes ses conséquences, la jurisprudence a encore renforcé la protection du salarié malade.

Par une jurisprudence désormais bien établie, la Cour de cassation estime :
- qu'il faut que l'employeur justifie de la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié absent par un salarié sous contrat à durée indéterminée. (Cass. Soc. 16.07.1998 n° 97-43.484, P + B + R, 13.03.2001, R.J.S. 5/01 n° 592 et 27.03.2001 n° 98-44.292 P) ;
- en raison des perturbations dues à l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié nécessitant son remplacement définitif.

Nota : la jurisprudence relative à ce chapitre traite exactement de la même manière l'absence maladie qui se prolonge et les absences répétées.

L'absence de justification de la prolongation d'un arrêt de travail pour maladie ne constitue pas une faute grave du type abandon de poste (Cass. Soc. 11.01.2006 n° 04-41.231 P + B).

B. NULLITÉ DU LICENCIEMENT FONDÉ SUR L'ÉTAT DE SANTÉ

Le licenciement motivé par l'état de santé du salarié n'est possible que si l'inaptitude est constatée par le médecin du travail, dans les conditions prévues par l'article R. 4624-31 du Code du Travail (voir chap. XV). Le respect de ces conditions est impératif pour l'employeur : la sanction est, non pas un licenciement qualifié d'abusif, sans cause réelle et sérieuse mais la nullité pure et simple du licenciement (Cass. Soc. 16.07.1998

n° 95-45.363, n° 4185 P), qui entraîne un droit à réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent (Cass. Soc. 26.05.2004 n° 02-41.325).

De la même façon, lorsque l'absence prolongée du salarié est la conséquence du harcèlement moral qu'il a subi, son licenciement est nul (Cass. Soc. 11.10.2006 n° 04-48.314), L'employeur dans ce cas ne peut se prévaloir de la perturbation que cette absence a causée au bon fonctionnement de l'entreprise.

Bref, en pratique l'employeur a véritablement intérêt à tourner sept fois sa plume dans l'encrier avant d'écrire la lettre de licenciement et de bien choisir ses mots ! Nombre de procès sont perdus uniquement pour une question de formalisme, où l'on sent bien que ce sont les perturbations dues à l'absence maladie qui furent la cause du licenciement, mais la notification écrivant : « Compte tenu de votre maladie qui se prolonge… », les juges n'ont alors guère le choix que de condamner l'employeur.

La sanction de la nullité : réintégration du salarié ou dommages et intérêts ?

Réintégration du salarié
Le salarié a deux choix :
– accepter sa réintégration avec paiement des salaires perdus et à la date de son licenciement et celle de sa réintégration (Cass. Soc. 25.01. 2006, R.J.S. 4/06 n° 4171 ;
– ou préférer percevoir son indemnité compensatrice de congés payés (et jours R.T.T.) non pris + son indemnité compensatrice de préavis, (même dans le cas où il ne serait pas en mesure de l'exécuter (Cass. Soc. 05.06.2001 n° 99-41.186) + le double de son indemnité de licenciement + une réparation de préjudice au moins égale à 12 mois de salaires en cas de licenciement économique nul ou 6 mois pour les autres cas.

Chacun voit bien quel choix a généralement la préférence du salarié !

Le refus d'une réintégration appellerait alors la mise en œuvre de l'article L. 1226-15 introduisant un minimum de 12 mensualités dans l'évaluation de l'indemnité réparant le préjudice :
« ... En cas de refus de réintégration par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité ne peut être inférieure à douze mois de salaires (bruts). Elle se cumule avec l'indemnité compensatrice (de congés payés) et, le cas échéant, l'indemnité spéciale de licenciement prévue à l'article L. 1226-14 ».

Cette indemnité spéciale est égale au double de l'indemnité de licenciement.

« Toutefois, ces indemnités ne sont pas dues par l'employeur qui établit que le refus par le salarié du reclassement qui lui est proposé est abusif », (art. L. 1226-14 al. 2).

L'attribution de dommages et intérêts
Naturellement, le salarié peut ne pas demander sa réintégration et se placer sur le terrain de la réparation du préjudice qui lui est causé, sous la forme de dommages et intérêts (Cass. Soc. 23.01.2008).

De même, l'annulation par l'employeur du licenciement prononcé par erreur ne s'impose pas au salarié qui peut refuser cette rétractation et se placer sur le terrain de la réparation du préjudice (Cass. Soc. 27.05.1987 n° 84-45.063 ; Cass. Soc. 13.11.1991 n° 88-42.486).

Le Conseil des Prud'hommes, saisi d'une demande en dommages et intérêts, apprécie souverainement le montant de cette réparation sans être tenu par les dispositions de l'article L. 1226-15 sanctionnant le refus de réemploi ou le non-reclassement, ni par les dispositions de l'article L. 122-32-6 portant sur l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité spéciale de licenciement (Cass. Soc. 29.05 1991 n° 87-44.926 ou, Cass. Soc. 4 .01.1995 n° 91-43.121). Le salarié ne peut pas non plus prétendre en plus à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse prévue par l'article L. 1235-2 égale à 6 mois de salaire minimum (Cass. Soc. 06.05.1998 n° 97-40.480).

Il appartient aux juges d'apprécier souverainement le préjudice subi (Cass. Soc. 13.11.1991, n° 88-42.486 ou, 30.03.1994 n° 91-40.634, 27.06.1997 n° 94-44.081 ou, Cass. Soc. 15.10.1997 n° 94-44.389).

Le paiement du préavis
La nullité du licenciement ouvre droit automatiquement à l'indemnité compensatrice de préavis, quand bien même le salarié se serait trouvé dans l'incapacité de l'effectuer, (Cass. soc., 05.06.2001, n° 99-41.186), la Cour de cassation précisant : « Mais attendu que lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les motifs de la rupture ».

La généralité de l'attendu autorise à étendre cette solution à tous les cas de nullité de licenciement reposant sur des motifs discriminatoires tels qu'énoncés à l'article L. 1132-1. C'est-à-dire : le licenciement des salariés protégés (voir chap. XX), des femmes enceintes (voir chap. XXI), les victimes d'accidents et de maladie professionnelle (voir chap. XXII).

C. À PARTIR DE QUELLE DURÉE D'ABSENCE UN LICENCIEMENT EST-IL POSSIBLE ?

a) **Si la Convention collective** a introduit une clause de « garantie d'emploi » pendant une certaine durée, (souvent associée à une garantie de maintien total ou partiel de salaire), temps pendant lequel le salarié ne peut être licencié (quelles que soient les perturbations engendrées pour l'entreprise par son absence justifiée par la maladie), c'est cette clause qui devra s'appliquer, et généralement aucun licenciement pour cause de maladie prolongée ne peut être effectué pendant la durée de la garantie d'emploi (Cass. Soc. 18.06.1997, R.J.S. 9/97 n° 966 ou, 28.10.1997, R.J.S. 1/98 n° 20 ou, 18.11.1997, R.J.S. 1/98 n° 23 ou, 28.01.1998, R.J.S. 3/98 n° 304). Bref, les clauses de garantie d'emploi font de plus en plus obstacle au licenciement pour absences répétées, et ces clauses conventionnelles sont appliquées avec rigueur.
Dans une affaire (Cass. Soc. 08.03.2006 n° 04-43.668), parce que la convention collective imposait que le licenciement pour maladie prolongée soit précédé de la mise en demeure du salarié de reprendre son travail à une date déterminée par lettre R.A.R., comme la société avait omis cette formalité, le licenciement fut jugé sans cause réelle et sérieuse. Il ne suffisait pas de le convoquer à entretien préalable.

b) **À défaut de clause conventionnelle**, nous conseillons de considérer que la période de « garantie d'emploi » dure le temps pendant lequel l'employeur maintient le salaire en totalité ou en partie.
Un licenciement dû aux perturbations occasionnées par l'absence et la nécessité de remplacement, ne pourra être prononcé qu'après ces périodes de « garantie d'emploi ».
La même règle s'applique en cas d'absences répétées dont la somme des durées dépasserait dans l'année la période de garantie d'emploi.
Tout licenciement justifié par la nécessité de remplacer l'absent malade, en cas de maladie justifiée, si elle intervient pendant la période de garantie d'emploi équivaut à un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 11.07.2000 n° 98-41.798).

D. SI LA MALADIE EST DUE À UN ACCIDENT DU TRAVAIL OU UNE MALADIE PROFESSIONNELLE

Le licenciement est impossible, se reporter au chapitre XXII.
Tout licenciement prononcé au cours d'une suspension du contrat de travail

résultant d'un accident du travail, ou d'une maladie professionnelle, est nul, sauf faute grave (Cass. Soc. 21.11.2007, R.J.S. 2/08 n° 170).

E. SI LA MALADIE A UNE ORIGINE NON PROFESSIONNELLE

Si l'absence maladie (ou les absences répétées) n'ont pas comme origine :
– un accident du travail (ou une maladie professionnelle) survenu non dans l'entreprise, mais par exemple chez un précédent employeur ;
– un accident de trajet ;
– une maladie ou une hospitalisation d'origine privée.

Le licenciement est possible sous deux conditions cumulatives :
– prouver que l'absence perturbe la bonne marche de l'entreprise, compte tenu de la taille de celle-ci et des fonctions exercées ;
– et remplacer l'absent par un salarié engagé sous Contrat à Durée Indéterminée (C.D.I.).

F. PROUVER QUE L'ABSENCE DÉSORGANISE L'ENTREPRISE

Il appartient à l'employeur de prouver que cette absence prolongée :
– perturbe gravement le fonctionnement normal de l'entreprise, du service,
– et que le remplacement de l'intéressé a été rendu absolument nécessaire.

La jurisprudence est très nombreuse et convergente (Cass. Soc. 07.02.1991, 27.03.1991, 06.07.1994, 13.03.2001 n° 99-40.110 P + B, ou 26.11.2002 n° 00-44.517 pour absences répétées, ou 09.01.2008 n° 06-44.812).

En effet, la seule prolongation d'une maladie au-delà de la période de garantie d'emploi ne peut constituer, en soi, une cause réelle et sérieuse de licenciement, même si la rupture est autorisée par la Convention collective (Cass. Soc. 08.01.1997, R.J.S. 2/97 n° 133).

Puisqu'il s'agit d'un licenciement, celui-ci doit reposer sur une cause réelle et sérieuse, et le fait qu'une maladie se prolonge ne peut en être une, car le Code du Travail dispose qu'aucun salarié ne peut être licencié du fait de son état de santé (art. L. 1132-1).

Naturellement, l'employeur qui licencierait très longtemps après la période de garantie d'emploi, aurait du mal à persuader les juges de la perturbation engendrée par l'absence prolongée !

G. LE SALARIÉ LICENCIÉ DOIT ÊTRE DÉFINITIVEMENT REMPLACÉ PAR UN C.D.I

Puisque l'employeur ne peut justifier d'un licenciement en cas de maladie prolongée, qu'en explicitant les graves perturbations que cette absence engendre, la Cour de cassation est logique, elle entend que l'employeur prouve la perturbation ainsi créée, et en particulier qu'il procède vite, (la Cour précise « dans un délai raisonnable »), au remplacement de l'intéressé par l'engagement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée. (Cass. Soc. 31.05.1989 n° 2214 D).
Mais elle a été plus loin en 2001, en exigeant désormais que l'entreprise prouve la nécessité du remplacement définitif du salarié (Cass. Soc. 13.03.2001 n° 99-40.110 P + B).

La Cour de cassation a jugé que l'obligation de remplacer le salarié absent ne peut être satisfaite lorsque l'intéressé a été remplacé de fait :

– par un sous-traitant ou un prestataire de services (Cass. Soc. 18.10.2007 n° 06-44.251 P + B).
– par un salarié sous C.D.D. (Cass. Soc. 06.023.2001 n° 98-43.933) ;
– par un intérimaire (Cass. Soc. 13.03.1991, R.J.S. 5/91 n° 563) ;
– tel est également le cas du remplacement par un stagiaire (22.10.1996, R.J.S. 12/96 n° 1254 etc.)

L'engagement d'un intérimaire, d'un salarié sous Contrat à Durée Déterminée, d'un stagiaire, d'un sous-traitant n'est pas retenu et rend la rupture abusive.

L'engagement du remplaçant peut se faire pendant l'arrêt maladie ou avant le licenciement, il peut se faire juste après le licenciement, mais sans attendre trop longtemps, sous peine de rendre la rupture abusive (Cass. Soc. 02.06.1988, 31.10.1989 et 07.11.1989, R.J.S. 1/90 n° 13, 11.12.1991, R.J.S. 2/92 n° 127, 19.10.1994, R.J.S. 2/95 n° 199, 10.10.1995, R.J.S. 12/95 n° 1239 et 28.03.1996, R.J.S. 6/96 n° 666).

Par contre, le remplacement par un autre salarié du Groupe ne justifie rien (Cass. Soc. 06.10.2004 n° 02-44.586), pas plus que la répartition du travail entre les autres salariés (Cass. Soc. 30.06.1993 n° 90-44.565), pas plus par l'engagement d'un temps partiel si le titulaire était à temps plein (Cass. Soc. 06.02.2008 n° 06-44.389 P + B).

Le remplacement peut être opéré en cascade ou par glissement de poste, le salarié A malade est licencié, remplacé par B muté de service, et l'entreprise engage C pour pourvoir le poste de B.

La Cour de cassation dans un arrêt du 05.06.2001 (n° 99-42.574) a jugé que comme l'absence d'une salariée malade pouvait être palliée par l'embauche d'un C.D.D., il n'était pas prouvé que cette absence obligeait l'employeur au remplacement. Il fut donc condamné pour licenciement abusif.

Par contre, il restait une incertitude concernant le délai entre le licenciement et le remplacement. Désormais, le remplacement doit avoir lieu « dans un délai raisonnable », et non plus être effectif et définitif le jour de la rupture du contrat comme le prévoyait un arrêt Cass. Soc. Du 05.03.2003 n° 01-41.872), le côté « raisonnable » de ce délai restant à l'appréciation du juge, compte tenu :

– des spécificités de l'entreprise ;
– de l'emploi concerné ;
– des démarches effectuées par l'employeur pour le recrutement ;

(Cass. Soc. 10.11.2004 n° 02-45.187 P + B).

Naturellement, si le retour du salarié est imminent, l'argument de la nécessité du remplacement ne tient pas (Cass. Soc. 30.05.2007 n° 06-42.796).

H. MAIS SI LE REMPLACEMENT EST UNE CONDITION NÉCESSAIRE, CE N'EST PAS UNE CONDITION SUFFISANTE, ENCORE FAUT-IL QUE L'EMPLOYEUR JUSTIFIE DES PERTURBATIONS CRÉÉES PAR L'ABSENCE ET EN INFORME PAR ÉCRIT LE SALARIÉ

Ainsi, dans une célèbre affaire, cet hypermarché avait licencié une caissière à temps partiel pour les perturbations engendrées par un arrêt maladie supérieur à deux ans. Les juges ont demandé à combien s'élevait le nombre de caissières, 64 fut-il répondu. Dès lors ils n'ont pas retenu les perturbations créées par l'absence d'une des 64 caissières, pour un hyper qui avait, en plus, fonctionné normalement pendant ce temps-là.

Il convient de prouver que l'absence prolongée, (ou les absences répétées), perturbe et désorganise gravement la marche de l'entreprise compte tenu de la technicité et de la spécialisation particulière du salarié (Cass. Soc. 28.01.1998, R.J.S. 3/98 n° 304). Ainsi la Cour d'Appel de Toulouse (02.05.1997, R.J.S. 11/97 n° 1313), acceptant la rupture pour un audioprothésiste de haut niveau technique, ayant une rémunération importante, et absent depuis sept mois.

Il est bien évident que plus l'entité où travaille le salarié est petite, plus cette justification des perturbations sera aisée. Ainsi une salariée travaillant dans un service de six personnes a permis à la justice de considérer le licenciement justifié (Cass. Soc. 23.09.2003 n° 01-44.159).

L'information obligatoire du salarié malade
Précisant encore plus les limites, la Cour de cassation, dans un arrêt du 05.06.2001 (n° 99-41.603 P), exige désormais que la lettre de licenciement du salarié en longue maladie précise bien que l'employeur est dans l'obligation de le remplacer par un C.D.I. L'employeur en cause, n'ayant pas apporté cette précision (qui n'avait jamais été obligatoire jusque là), a été condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

I. LA NON-OBLIGATION DE CONSULTER LE MÉDECIN DU TRAVAIL

L'employeur n'est ni tenu de consulter le médecin du travail, ni à plus forte raison de proposer au salarié, à son retour, un reclassement comme il le doit en cas d'inaptitude physique (cf. chap. XV).

J. PROCÉDURE DE LICENCIEMENT

En cas de licenciement pour maladie qui se prolonge ou, en cas d'absences répétées :
– la procédure de licenciement doit être respectée (chap. XI), mais il arrive que le salarié ne soit pas en état de venir à l'entretien préalable. Il peut se faire représenter à l'entretien avec l'accord de l'employeur, sauf si cet entretien peut se tenir chez le salarié ou à son centre de soin ;
– l'employeur doit payer l'indemnité de licenciement (chap. XVI) ;
– l'employeur doit payer les indemnités compensatrices de congés payés non pris, de repos compensateurs non pris, de repos R.T.T. non pris ;
– l'employeur doit solder le compte épargne temps si le salarié en bénéficiait.

Par contre, le préavis ne saurait être dû à un salarié qui n'est pas en mesure de l'exécuter (Cass. Soc. 18.03.2003 P, ou 11.05.2005 n° 03-41.927). Si le salarié licencié pour ce motif revient travailler pendant son préavis, sa longue maladie se terminant subitement, l'employeur lui doit le préavis, qu'il soit effectué ou non effectué dans le cas où l'employeur l'en dispenserait (Cass. Soc. 28.06.89 n° 86-42,931).
En somme, c'est la règle classique, un préavis entamé n'est pas prolongé du temps de la maladie, il se poursuit normalement jusqu'à son terme préfixé à l'avance.

L’employeur ne serait redevable que du maintien de salaire en cas de maladie dans le cas où la Convention collective aurait prévu une durée du maintien de salaire en cas de maladie plus longue que la durée de la « garantie d’emploi ».

Nous ne saurions que recommander à l’employeur de bien préciser dans la lettre de licenciement, que le salarié a la faculté d’exécuter son préavis sous réserve d’un certificat de reprise du médecin traitant et du certificat d’aptitude délivré par le médecin du travail.

On comprendra que, la rédaction de la lettre de licenciement doit être particulièrement soignée, compte tenu de ce qui précède.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Ils portent sur :
– la contestation concernant les perturbations engendrées par l’absence ;
– la contestation concernant l’absence de remplacement par un C.D.I.
– le non-respect de la procédure de licenciement ;
– le non-respect de la période dite de « garantie d’emploi ».

Le juge des référés est compétent, en application de l'article R. 1455-9 pour faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue le licenciement d’un salarié en raison de son état de santé (Cass. Soc. 23.11.1999 n° 97-43.787).

QUESTIONS / RÉPONSES

Les conventions collectives qui autorisent l’employeur à « prendre acte de la rupture » au terme d’une absence d’une certaine durée, sont-elles applicables ?

Sur ce point de la possibilité de licenciement pour absence qui se prolonge, certaines conventions comportent des clauses qui n’étaient pas illégales lors de leur signature, mais qui sont devenues inapplicables. Aujourd’hui, un employeur ne peut plus « prendre acte de la rupture du contrat », il doit respecter la procédure de licenciement, respecter les conditions énumérées au § D et régler les indemnités dues, dont celle de licenciement.

Dans le même sens, nous trouvons encore certaines Conventions collectives qualifiant l’absence maladie prolongée de force majeure. Ces clauses sont, elles aussi, devenues caduques et inapplicables.

Peut-on licencier un salarié en longue maladie pour motif économique ?

Un employeur peut toujours licencier un salarié pendant une maladie, si c'est pour un motif étranger à cette maladie, tel un licenciement pour motif économique.

Il devra respecter la procédure du licenciement économique, et dans ce cas-là, il n'est pas tenu au remplacement du salarié licencié.

Peut-on sanctionner un salarié ayant des arrêts de complaisance ?

Non dit la justice, la seule mesure que l'employeur est autorisé à prendre en cas d'avis du médecin contrôleur du travail qui aurait été mandaté à cet effet et conclurait à l'absence de justification à l'arrêt de travail, serait de ne pas maintenir le complément de salaire.

Qu'advient-il d'un licenciement prononcé pour maladie pendant une période de garantie d'emploi ?

– Il y aurait nullité du licenciement en application du Code du Travail pour discrimination sur l'état de santé ;
– de plus, ce caractère discriminatoire constituerait un trouble manifestement illicite et le juge des référés serait compétent pour ordonner la réintégration du salarié (Cour d'Appel : Paris 28.02.1997, Dijon 26.11.1996, R.J.S. 5/97 n° 537, Montpellier 11.10.1995, R.J.S. 4/96 n° 394).

Un mi-temps thérapeutique interrompt-il la période de garantie d'emploi ?

Par un arrêt unique du 17.12.1996, la Cour de cassation a bien éclairé la question :

– le salarié en mi-temps thérapeutique est toujours en arrêt de travail, au regard de la Sécurité sociale ;
– reprenant son activité à temps partiel dans l'entreprise, il ne peut donc assumer l'intégralité de ses anciennes fonctions ;
– l'éventuelle nécessité de son remplacement ne disparaît donc pas complètement ;
– seul l'arrêt total de travail peut être pris en compte pour calculer le délai conventionnel de garantie d'emploi, et la période de mi-temps thérapeutique interrompt, à cet égard, le cours du décompte de la durée de garantie d'emploi (R.J.S. 2/97 n° 134).

Le fait de s'absenter pour consulter un médecin peut-il justifier un licenciement ?

Normalement, une absence non autorisée pourrait justifier d'un licenciement pour abandon de poste.
Or, la Cour de cassation a jugé par un arrêt du 31.07.2001 n° 99-41.738 que le fait pour un salarié de s'absenter, en raison de son état de santé, pour aller consulter un médecin, ne pouvait constituer une faute justifiant un licenciement. Cet arrêt risque de rester un arrêt d'espèce fort rare, car en pratique, on a du mal à imaginer un employeur refuser à un salarié d'aller consulter un médecin d'urgence si son état de santé le justifie. Donc, sur ce point nous conseillons la prudence aux employeurs et aux salariés.

Un classement en invalidité de 2e catégorie justifie-t-elle un licenciement ?

Non, si le seul motif invoqué par l'employeur est le classement du salarié en invalidité de 2e catégorie, (Cass. Soc. 23.11.1999 n° 4296, R.J.S. 1/00 n° 33 ou, 13.01.1998 n° 9, R.J.S. 2/98 n° 163 ou, 15.07.1998 n° 384, R.J.S. 10/98 n° 1201).

Des absences répétées peuvent-elles justifier un licenciement ?

Lorsque le licenciement est fondé à la fois sur un absentéisme important et sur une négligence quant à la transmission des informations, le juge ne peut, pour déclarer le licenciement fondé, s'en tenir à la perturbation apportée à l'entreprise. Il doit, de plus, se prononcer quant au caractère fautif ou non, du comportement du salarié, (Cass. Soc. 26.10.1999 n° 97-41.679, n° 4055 P).
En effet, si l'état de santé du salarié n'est pas en soi un motif de licenciement, le du Code du Travail n'a pas pour autant pour objet d'interdire le licenciement lorsqu'il est fondé, non pas sur la maladie du salarié, mais sur la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par son absence prolongée ou des arrêts de travail répétitifs, ce qui la contraint à pourvoir à son remplacement définitif, (Cass. Soc. 16.07.1998 n° 97-43.484, n° 4188 P).
Si, en elle-même une absence de courte durée ne saurait entraîner la rupture du contrat de travail, la répétition de ces absences peut constituer une cause réelle et sérieuse dans la mesure où de telles absences ont des répercussions dommageables sur la bonne marche de l'entreprise (Cass. Soc. 08.01.1987, n° 84-44.362 ou, Cass. Soc. 23.01.1992 n° 90-45.250).
Mais les circonstances peuvent faire qu'une absence, même relativement courte, aboutisse à créer une situation qui légitime légalement le licenciement (Cass. Soc. 16.06.1982 n° 79-41.873), à condition toutefois de respecter d'éventuelles dispositions conventionnelles qui peuvent prévoir des limitations

aux possibilités de licenciement pour nécessité de remplacement en cas de maladie prolongée et même parfois en cas de maladies répétées.

Un salarié, de retour de maladie, peut-il être sanctionné avant la visite de reprise ?

Ce salarié est soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur dès sa reprise, il peut donc être sanctionné et même licencié pour faute grave (Cass. Soc. 16.11.2005 n° 03-45.000 P + B).

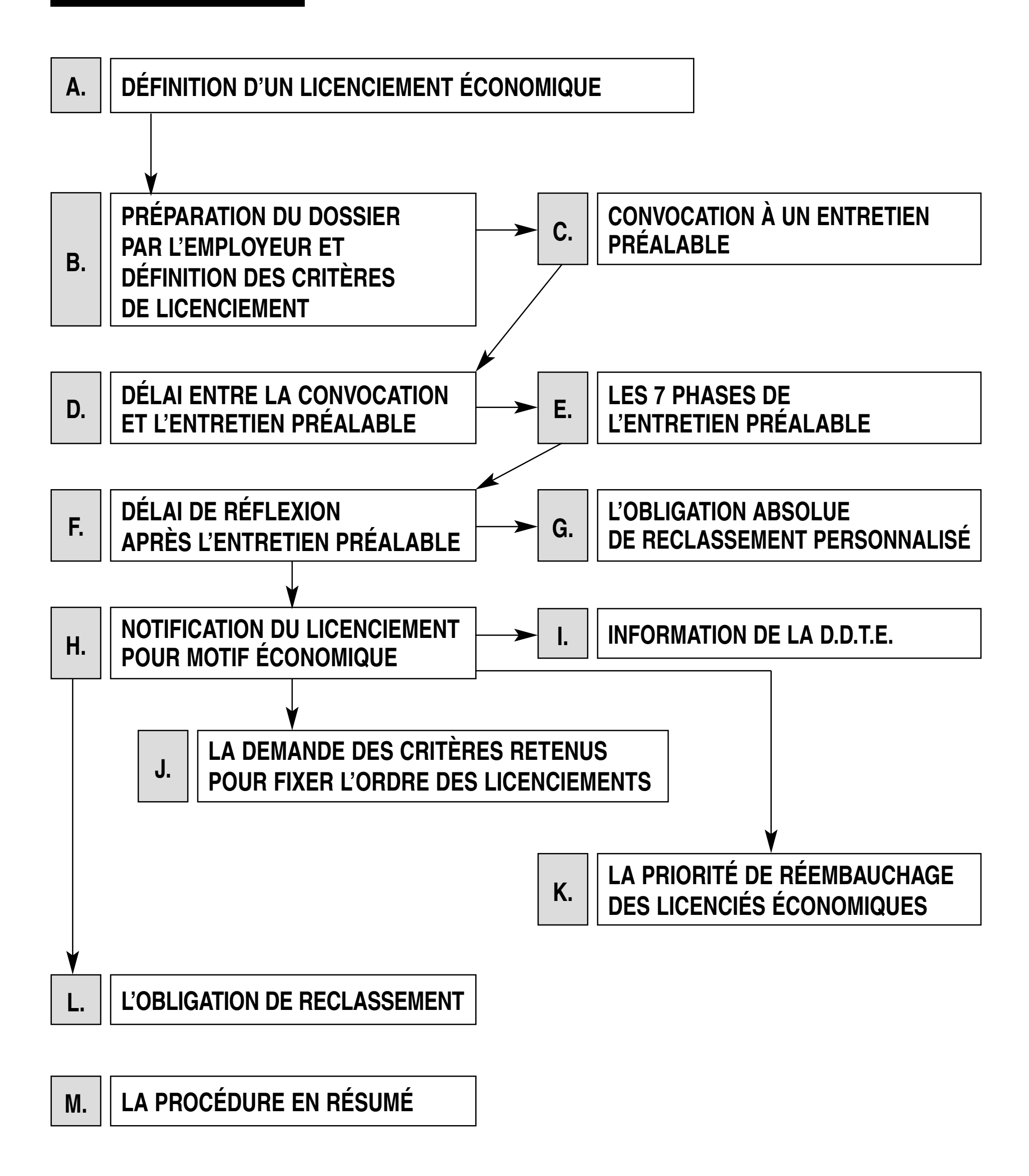
CINQUIÈME PARTIE

LES LICENCIEMENTS INDIVIDUELS LIÉS À L'ÉCONOMIE

XVII

LE LICENCIEMENT INDIVIDUEL POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. DÉFINITION D'UN LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

Depuis la loi de cohésion sociale du 18.01.2005, l'article L. 1233-3 est ainsi rédigé :

> « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur
> **pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié,**
> résultant :
> – d'une suppression ou transformation d'emploi ;
> – ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail ;
> – à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants ;
> consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.
>
> Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa ».

Depuis 2005, il est clairement et explicitement prévu qu'un licenciement économique ne peut intervenir, qu'après que le salarié ait refusé la modification d'une clause essentielle de son contrat de travail.

Les règles ci-dessous concernant le licenciement économique ne s'appliquent pas aux employés de maison employés par un particulier (Cass. Soc. 18.02.1998, R.J.S. 4/98 n° 539).

Rappelons que la rupture conventionnelle (chap. V) n'est pas possible en cas de licenciement économique. Par contre, après respect de la procédure, une transaction est compatible.

Ne sont pas soumis à ces dispositions :
– les licenciements pour fin de chantier (chap. XVIII) ;
– la fin d'un contrat de mission ;
– la fin d'une mission à l'exportation (art. L. 1223-5) ;
– le licenciement pour refus d'accepter la modification d'une clause essentielle du contrat de travail (chap. XIX).

Par contre le Comité d'entreprise doit être informé et consulté.

B. PRÉPARATION DU DOSSIER PAR L'EMPLOYEUR ET DÉFINITION DES CRITÈRES DE LICENCIEMENT

Quels que soient la taille de l'entreprise et le nombre de licenciement, (sauf si au moins 10 salariés refusaient la modification d'une clause de leur contrat de travail proposée) l'employeur doit préparer un dossier :

- définir le ou les motifs économiques invoqués, avec un certain nombre de précisions ;
- avoir respecté l'article L. 1233-4 ci-après ;
- définir les critères justifiant l'ordre des licenciements, et donc le choix du salarié concerné (art. L. 1233-5).

En effet, alors que dans un licenciement individuel inhérent à la personne du salarié (faute, abandon de poste, inaptitude ou insuffisance de résultat, etc), il appartient à l'employeur de choisir le salarié qu'il va licencier. Dans un licenciement pour motif économique, ce choix ne lui appartient pas, il découle de l'application des critères retenus, (dont les 4 critères légaux), à l'ensemble des salariés de la même catégorie.

L'article L. 1233-4 précise les obligations d'adaptation et de reclassement :
« *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du Groupe auquel l'entreprise appartient.*

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent.
À défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises ».

Sont concernés les entreprises ou établissements visés à l'article L. 1233-1 :
« Les dispositions du présent chapitre sont applicables dans les entreprises et établissements privés de toute nature, ainsi que, sauf dispositions particulières, dans les entreprises publiques et les établissements publics industriels et commerciaux ».

Ceci vise aussi les entreprises ou établissements agricoles, industriels ou commerciaux, publics ou privés, les offices publics et ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les associations de quelque nature que ce soit.

L'article L. 1233-5 précise les critères de l'ordre des licenciements :
« Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique, et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

Ces critères prennent notamment en compte :
- *les charges de famille, en particulier celles des parents isolés,*
- *l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise,*
- *la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés,*
- *les qualités professionnelles appréciées par catégorie. »*

Naturellement, l'employeur peut retenir en plus d'autres critères, dès lors qu'ils ne sont pas discriminatoires au sens de la loi. On peut retenir par exemple la technicité, la qualification professionnelle.

Ces critères peuvent être pondérés, rien n'oblige de ne pas privilégier certains critères, mais tous doivent être pris en compte (Cass. Soc. 02.03.2004, R.J.S. 5/04 n° 558).

Bref, l'employeur ne peut se satisfaire de sa décision de supprimer un service, et de licencier tous les salariés du service, sans que l'ordre des critères n'ait été appliqué sur l'ensemble de l'entreprise (Cass. Soc. 09.05.2006 n° 04-45.880).
En résumé, il ne peut choisir librement les licenciés économiques.
En effet, il appartient au juge d'examiner la situation des autres salariés de même catégorie dans l'entreprise (Cass. Soc. 01.04.2003, R.J.S. 7/03 n° 863).

C'est à ce stade que l'employeur doit se rapprocher de l'ASSEDIC (par Internet, site ASSEDIC par exemple).
En effet, il y a un dossier à se procurer qui devra être remis au salarié lors de l'entretien préalable, il y eut jadis la convention de conversion, puis le prépare et depuis janvier 2005, il y eut une nouveauté, la « convention de reclassement personnalisée », bref ceci change souvent avec chaque Ministre !
La prudence est donc de le demander à l'ASSEDIC ou de l'éditer par Internet.

La cessation complète d'activité de l'entreprise peut constituer une cause économique de licenciement, lorsqu'elle n'est pas due à une faute ou une légèreté blâmable de l'employeur (Cass. Soc. 28.05.2008 n° 07-41.730).

C. CONVOCATION À UN ENRETIEN PRÉALABLE

La procédure à respecter, en cas de licenciement pour motif économique varie selon le nombre de salariés concernés par la mesure.

Le présent ouvrage ne traite que du licenciement économique individuel. La première phase est la convocation à un entretien préalable (art. L. 1233-11).

Modèle de lettre en R.A.R. ou remise contre décharge :

M…

Nous avons le regret de vous informer que nous sommes contraints d'envisager votre licenciement pour motif économique. Motifs : ....
Nous avons procédé à une active recherche individualisée pour vous reclasser *(dans la société ou dans le Groupe ou auprès d'autres sociétés etc.)*.
Aucune solution alternative n'a pu être trouvée. (*variante* « vous n'avez accepté aucune de nos propositions »).

En application des dispositions de l'article L. 1232-2 du Code du Travail, nous vous prions de bien vouloir vous présenter à *(à préciser)*, le *(indiquer la date)* à *(indiquer l'heure)*, pour un entretien sur cette éventuelle mesure.

Au cours de cet entretien nous vous remettrons une proposition de « convention de reclassement personnalisée » établie par l'ASSEDIC, et vous la commenterons.

Nous vous rappelons que vous avez la possibilité de vous faire assister par un salarié de votre choix, de notre entreprise *(à ajouter dans les entreprises dépourvues de Représentants élus du personnel 5 CE ou DP) ou de délégués syndicaux désignés, ajouter : « ou par un conseiller extérieur inscrit sur la liste départementale préétablie. Vous pouvez vous procurer cette liste à la Mairie (adresse de la mairie), ou à la Direction Départementale du Travail (adresse à préciser)* ».

Veuillez…

D. DÉLAI ENTRE LA CONVOCATION ET L'ENTRETIEN PRÉALABLE

La loi a prévu un délai minimum de 5 jours ouvrables après la première présentation par La Poste de la lettre R.A.R. ou la date de la remise contre décharge, (art. 1233-11).
En effet, il convient de donner au salarié le temps d'organiser son dossier et de trouver l'assistant à l'entretien.

E. LES SEPT PHASES DE L'ENTRETIEN PRÉALABLE

1) Explication des motifs économiques du licenciement envisagé.
2) Étude de la situation particulière du salarié et enregistrement de ses observations.
3) Modalités de son départ.
4) Éventuelles aides au reclassement, par exemple assistance d'un cabinet d'out-placement, propositions de candidature à l'extérieur ou dans le groupe le cas échéant, (dans ce cas lister les régions ou pays où le salarié ne souhaite pas aller).
5) Information individuelle du salarié sur sa possibilité d'adhérer à une Convention de Reclassement Personnalisée (C.R.P.). Site Internet : ASSEDIC).
6) Remise de la C.R.P.
7) Remise des règles d'indemnisation par l'ASSEDIC (à éditer avant l'entretien, site Internet : ASSEDIC).

F. DÉLAI DE RÉFLEXION APRÈS L'ENTRETIEN PRÉALABLE

Entreprises où existent des représentants du Personnel
Le délai de 7 jours n'est plus augmenté pour le licenciement d'un cadre comme naguère.

G. L'OBLIGATION ABSOLUE DE RECLASSEMENT PERSONNALISÉ

La Cour de cassation avait progressivement institué une obligation absolue de reclassement à la charge de l'employeur envisageant une mesure de licenciement économique.

Celui-ci ne pouvait être prononcé que si l'employeur prouvait que le reclassement avait été impossible :
- dans un même emploi ou un emploi voisin, même moins qualifié, même moins rémunéré (Cass. Soc. 15.05.2001, R.J.S. 9/2001 n° 1003) ;
- dans un nouvel emploi impliquant une formation d'adaptation courte, mais non lourde à laquelle l'employeur ne peut être tenu (C.A. Poitiers 08.02.95 et Nancy 15.05.1995, R.J.S. 11/95 n° 1123).
- même dans un emploi à temps partiel ;
- à l'intérieur d'un Groupe parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (Cass.Soc. 05.04.1995, R.J.S. 5/95 n° 497) ;
- Le cadre du reclassement n'est pas limité au territoire national, mais peut être étendu au Groupe et à l'étranger (C.A. Paris 14.11.95, R.J.S. 1/96, n° 10, dans le même sens R.J.S. 7/94 n° 850).

La loi du 19.12.2001 a confirmé cette obligation de reclassement préalable à tout licenciement pour motif économique, fut-il individuel.

L'article L.1233-4 ci-dessus mentionné, précise les obligations de l'employeur.

Concernant les efforts de formation et d'adaptation, la jurisprudence a apporté des précisions.

L'obligation existe pour une formation simplement complémentaire à la formation ou les compétences du salarié (Cas. Soc. 06.10.1994 n° 1790 D). Par contre, il ne peut être imposé à l'employeur d'assurer la formation initiale qui fait défaut au salarié (Cass. Soc. 03.04.2001, R.J.S. 6/01 n° 731). Bref, l'employeur est tenu d'assurer une adaptation au poste, mais non d'assurer une véritable formation de base (Cass. Soc. 08.02.1995, R.J.S. 11/95 n° 1123).

Concernant les propositions de reclassement, celles-ci doivent désormais être proposées par écrit, sur des postes équivalents, sur des postes inférieurs, et même très inférieurs, partout où le Groupe dont fait partie l'entreprise a des activités, (Cass. Soc. 05.04.1995, R.J.S. n° 497), tant en

France qu'à l'étranger, (Cass. Soc. 30.03.1999, R.J.S. 5/99 n° 644, 04.02.2004 n° 255, 24.06.2008 n° 06-45.870), et enfin, y compris dans des emplois à temps partiel. Simplement, le salarié doit confirmer son accord exprès, l'employeur ne saurait lui imposer, puisqu'il s'agirait de la modification d'une clause essentielle de son contrat de travail.

Entreprises à partir de 1000 salariés, elles sont tenues de proposer un congé de reclassement, (art. L.1233-71 et suivants),

Entreprises de moins de 1000 salariés : depuis la loi de cohésion sociale du 18.01.2005, tous les salariés concernés par une mesure de licenciement pour motif économique, doivent se voir proposer le bénéfice d'une « CONVENTION DE RECLASSEMENT PERSONNALISÉ » (C.R.P.) (art. L. 1233-65 à 70).

Cette convention a une durée de 8 mois, et permet aux licenciés pour motif économique dans les entreprises de moins de 1000 salariés, de bénéficier de mesures personnalisées favorisant leur reclassement accéléré, et d'actions :
– de soutien psychologique,
– de suivi individuel,
– d'orientation,
– d'accompagnement,
– d'évaluation des compétences professionnelles ;
– de VAE (Validation des Acquis de l'Expérience),
– et de formation destinées à favoriser son reclassement en utilisant ses droits à DIF (Droit Individuel à la Formation), (art. L. 6323-1 à 20 et D. 6323-1 à 3).

Les droits acquis au titre du DIF (Droit Individuel à la Formation), sont mobilisés pour financer ces actions. Ce droit est plafonné à 20 heures par an et 120 h sur 6 ans, mais il est doublé en cas de licenciement pour motif économique. Ceci pourrait donc aller jusqu'au paiement de 240 heures en cas de non-utilisation par le salarié de ses droits au DIF durant les 6 dernières années avant la fin de son contrat de travail.

Pendant la durée de ces actions de reclassement personnalisé, le salarié est placé sous le statut de stagiaire de la formation professionnelle. Toutefois, il ne peut bénéficier de l'allocation de formation prévue à l'arti-cle L. 933-4, puisqu'il bénéficie d'une allocation versée par l'ASSEDIC

Si le salarié accepte la proposition de l'employeur, son contrat de travail est rompu du « commun accord des parties » (art. 1134 du Code civil).

Cette rupture n'ouvre droit :
– ni à préavis, (qui est payé par l'employeur à l'ASSEDIC dans la limite de 2 mois de salaire de l'intéressé), mais si le préavis est supérieur à 2 mois, le salarié en perçoit le solde ;
– ni à une indemnité compensatrice de préavis.

Il convient également de préciser sur cette lettre que l'employeur, (d'une société de moins de 1 000 salariés), doit proposer au salarié licencié pour motif économique le bénéfice de la Convention de reclassement personnalisé.

L'absence de proposition de ce dossier à remettre au salarié vaut une contribution d'un mois de salaire à payer dans les 15 jours à l'ASSEDIC Ce dossier est délivrée par l'ASSEDIC

Par contre, elle ouvre naturellement droit à l'indemnité spécial de licenciement qui est au moins égale au double de l'indemnité légale de licenciement. Ce texte prévoit le doublement de l'indemnité légale de licenciement, (et non conventionnelle), en cas de motif économique.

Précisons que si le salarié ne bénéficie pas du préavis, l'employeur doit verser 2 mois de salaire de l'intéressé à l'ASSEDIC (art. L. 1233-67).

Notons que le fait, pour un salarié, d'avoir adhéré à cette convention, ne le prive en aucune façon de contester devant les Prud'hommes la légitimité de son licenciement, l'ordre des critères, le non-respect de la priorité de réembauchage, etc.

Les bénéficiaires de plus de deux ans d'ancienneté perçoivent une allocation spécifique, supérieure à l'allocation d'aide au retour à l'emploi, et l'employeur contribue à son financement par les deux mois de salaire qu'il verse à l'ASSEDIC.

Alors que les allocations ASSEDIC sont égales à 57,4 % brut, les allocations ci-dessus sont supérieures : 80 % les 3 premiers mois, puis 70 % les 5 mois suivants, si le salarié a au moins deux ans d'ancienneté.

Enfin, les bénéficiaires ayant adhéré à une C.R.P. gagnent des points de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO, financés par l'UNEDIC (accord du 18.02.2004, avenant n° 1).

L'offre de reclassement doit être précise, écrite et personnalisée, une simple liste de différents postes de tout genre ne saurait être suffisante (Cass. Soc. 07.12.2005 n° 03-45.012).

Toutefois, l'obligation absolue de reclassement ne s'étend pas au Groupe auquel appartient l'employeur (Cass. Soc. 15.02.2006 n° 04-43.282).

Mais la méconnaissance par l'employeur d'une disposition, conventionnelle qui étendait le périmètre de reclassement au Groupe et même au-delà, avant tout licenciement, constitue un manquement à l'obligation de reclassement et prive le licenciement de cause réelle et sérieuse ! (Cass. Soc. 28.05.2008 n° 06-45.009 P + B).

La non-proposition d'une C.R.P. entraîne une sanction pour l'employeur, égale à 2 mois des salaires bruts moyens perçus pendant les 12 derniers mois. Cette pénalité est à verser à l'ASSEDIC.

H. NOTIFICATION DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

Le licenciement économique est sans cause réelle et sérieuse si la lettre de licenciement n'énonce pas les raisons économiques et leur incidence sur l'emploi. Les juges ne se contentent pas de vagues motifs, mais exigent des explications et preuves sérieuses et détaillées. (Cass. Soc. 19.02.2002 n° 690 et 691, R.J.S. 6/02 n° 670).

La seule circonstance que le salarié ait demandé de bénéficier des mesures du plan social ne dispense nullement l'employeur de rappeler les motifs économiques du licenciement avec suffisamment de détails (Cass. Soc. 10.12.2003, R.J.S. 2/04 n° 187).

Une réorganisation de l'entreprise est une cause réelle et sérieuse de licenciement économique, si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de cette entreprise, ce que l'employeur doit s'efforcer de prouver, et de confirmer dans la lettre de licenciement puisqu'il résulte de l'article L. 1233-16 que la lettre de licenciement doit énoncer les motifs économiques du licenciement (Cass. Soc. 24.09.2002 n° 2760 P, R.J.S. 12/02 n° 1378).

Est insuffisamment motivée, une lettre de licenciement se bornant à la motivation suivante : « vous avez refusé la modification de votre contrat de travail. Celle-ci vous avait été proposée dans le cadre d'une réorganisation de la direction commerciale ». En effet, il aurait fallu expliciter pourquoi cette réorganisation était destinée à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. (Cass. Soc. 24.09.2002 n° 00-44.007 P).

Les difficultés économiques de l'entreprise doivent être prouvée à l'intérieur d'un Groupe, et pour une filiale en France, dont la société mère a son siège à l'étranger, l'examen doit porter sur l'ensemble des sociétés

du Groupe, tant en France qu'à l'étranger, (Conseil d'État 08.07.2002 n° 336 471).

I. NOTIFICATION DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

Il convient d'adresser à la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi une notification.

D.D.T.E.
Adresse

NOTIFICATION D'UN LICENCIEMENT INDIVIDUEL
POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

Lettre R.A.R.

Messieurs,

En application de l'article L. 321-2 du Code du Travail, nous vous informons pour la bonne règle, que nous avons été conduits à devoir procéder au licenciement pour motif économique d'un salarié dans notre établissement :

- Raison sociale :
- Adresse :
- Activité :
- Convention collective appliquée :
- Effectif en équivalent temps plein :

Ce licenciement économique a été notifié au salarié suivant, par lettre R.A.R. du : ....

- Prénom et nom :
- Sexe ;
- Né le :
- Nationalité :
- Adresse :
- Catégorie professionnelle :
- Qualification ;
- Emploi exercé ;

Fait à…. Le….

Veuillez…

J. LA DEMANDE DES CRITÈRES RETENUS POUR FIXER L'ORDRE DES LICENCIEMENTS

Le salarié peut demander par écrit à l'employeur par lettre R.A.R., les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements.

L'article R. 1233-1 en précise les conditions :
« Le salarié qui souhaite connaître les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements adresse sa demande à l'employeur, en application des articles L. 1233-17 et 43, par lettre R.A.R. ou remise contre récépissé, avant l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la date à laquelle il quitte effectivement son emploi.
L'employeur doit faire connaître les critères qu'il a retenu pour l'ordre des licenciements, en application de l'article L. 1233-5, par lettre R.A.R. ou remise contre récépissé, dans les dix jours suivant la présentation ou de la remise de la lettre au salarié.
Ces délais ne sont pas des délais francs, ils expirent le dernier jour à 24 heures. »

L'employeur doit respecter au minimum, les critères retenus après l'éventuelle consultation du Comité d'entreprise (ou des Délégués du Personnel), et en tout cas ceux qui sont retenus par le Code du Travail, c'est-à-dire que doit être pris, « *notamment en compte* » :
– les charges de famille et en particulier celles de parents isolés ;
– l'ancienneté du service dans l'établissement ou l'entreprise ;
– la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés ;
– les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

Les critères s'apprécient par catégorie professionnelle.
L'employeur doit prendre en compte tous ces critères, et en cas de jugement, il serait tenu de communiquer au juge :
– les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix (Cass. Soc. 29.06.1994, R.J.S. 8/94 n° 973) ;
– les justifications sur l'application des modalités de prise en compte des critères ayant fixé l'ordre des licenciements (Cass. Soc. 04.05.1993, R.J.S. 3/96 p. 155) ;
– les pièces permettant d'établir la moindre aptitude du salarié par rapport aux salariés ayant des fonctions comparables et restées dans l'entreprise (Cass. Soc. 13.10.1993, R.J.S. 3/96 p. 155).

En effet, ce n'est pas nécessairement le salarié dont le poste de travail est supprimé qui doit être licencié. Le choix doit résulter de l'application

par l'employeur des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements. Il appartient aux juges de contrôler le respect scrupuleux de ces critères, et de vérifier que l'emploi maintenu est de même catégorie que celui qu'occupait le salarié dont le contrat a été rompu pour motif économique (Cass. Soc. 13.06.1996, R.J.S. 7/96 n° 502).

L'absence de réponse de l'employeur à la demande du salarié l'invitant à lui préciser les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements économiques, laisse l'intéressé dans l'ignorance du motif réel de son congédiement ; dès lors, celui-ci est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 23.01.1996, R.J.S. 3/96 n° 263).
Il y a toutes les raisons de penser que la Cour prendrait la même décision lorsque ces critères ont été mal appliqués, et permis le licenciement d'un salarié à la place de l'autre. En effet, n'oublions jamais qu'un licenciement économique est « non inhérent à la personne du salarié ».
Si l'employeur ne respecte pas ces critères (et au moins les quatre fixés par la loi), le salarié pourra percevoir des dommages et intérêts en fonction du préjudice subi (art. L. 122-14-4 du C.T.) (Cass. Soc. 18.10.1994, R.J.S. 3/95 n° 219).

Par contre, l'inobservation de l'ordre des licenciements constitue une illégalité de fond qui ouvre droit à indemnisation, mais ne prive pas pour autant le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 07.02.1990 n° 412 P, 12.03.2003 n° 758, R.J.S. 5/03, n° 892)
L'indemnité pour absence de communication des critères d'ordre des licenciements ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, car les préjudices sont distincts (Cass. Soc. 24.09.2008 n° 07-42.200 P + B).

K. LA PRIORITÉ DE RÉEMBAUCHAGE

L'article L. 1233-45 précise : « *Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauchage durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat, s'il en fait la demande au cours de ce même délai.*
Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles et affiche la liste de ces postes.
Le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauchage au titre de celle-ci, s'il en informe l'employeur. »

La jurisprudence n'a pas manqué d'apporter des précisions :

– La priorité de réembauchage ne s'applique pas aux employés de maison (Cass. Soc. 08.07.1992) ;
– Elle s'applique à toutes les ruptures pour motif économique, y compris aux salariés partant volontairement par commun accord (Cass. Soc. 13.09.2005 P + B) ;
– Peu importe que le salarié ait retrouvé un nouvel emploi (Cass. Soc. 05.03.2002) ou qu'il ait déjà refusé une proposition (Cass. Soc. 14.05.1996) ;
– La priorité de réembauchage s'étend à l'ancienne société, aux autres sociétés du Groupe, et même à l'étranger. (Cass. Soc. 10.07.2001, R.J.S. 10/01 n° 1128).
– La sanction pour non-respect de la priorité de réembauchage est prévue par le Code du Travail, (article L. 1235-13) est de deux mois, et elle est cumulable avec les réparations de préjudice (nombreux arrêts de cassation).
– La priorité de réembauchage est opposable au repreneur d'une entreprise (Cass. Soc. 09.07.2008 n° 06-40.945 P + B).

L. L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT

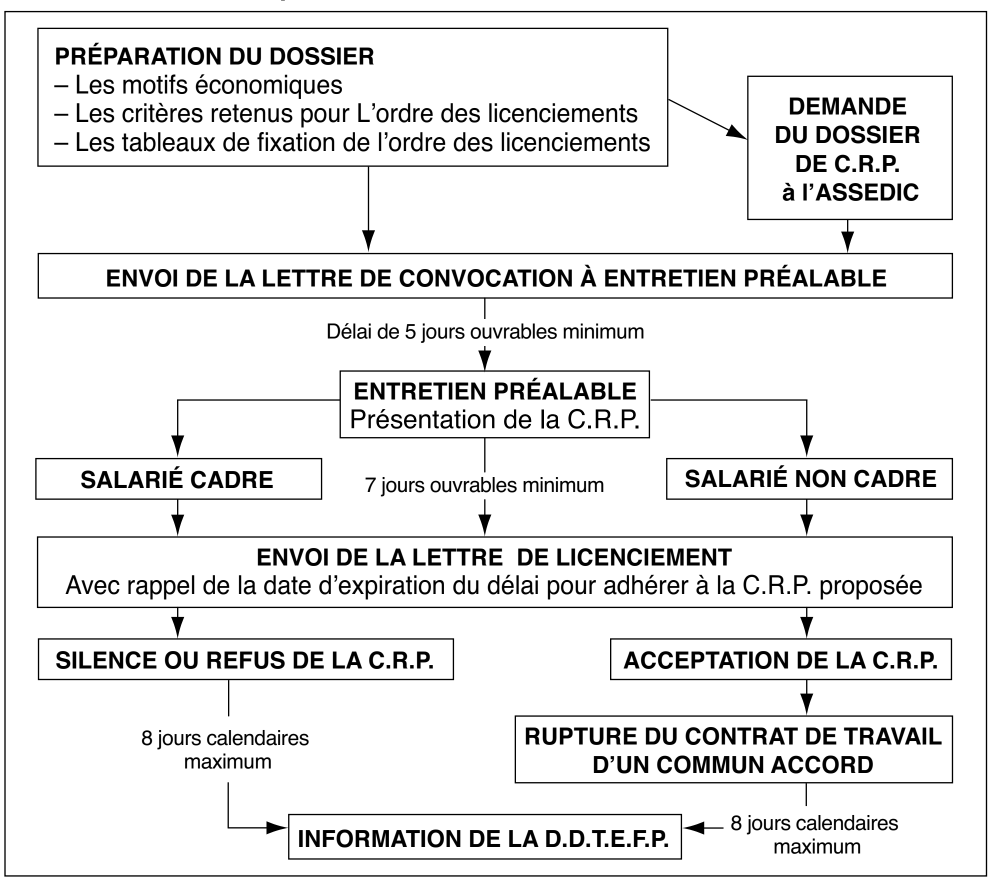
L'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur ne s'étend pas au Groupe dont relève la société, sauf disposition ou convention contraire (Cass. Soc. 29.01.2008, R.J.S. 4/08 n° 389).

Le seul envoi de lettres circulaires aux différentes sociétés du Groupe, ne peut suffire à établir que l'employeur a effectué une recherche préalable, sérieuse et active des possibilités de reclassement dans son groupe (Cass. Soc. 13.02.2008, R.J.S. 4/08 n° 391).

M. LA PROCÉDURE EN RÉSUMÉ

Voici, p. 309, un schéma résumant la procédure de licenciement individuel pour motif économique et dans une entreprise de moins de 1 000 salariés, (hors salariés protégés où l'autorisation administrative est requise, chap. XX).

La procédure de licenciement en résumé



LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Il y a de très nombreux procès sur ce thème :

– sur la contestation de la réalité des motifs économiques.
– sur le respect des critères et l'ordre des licenciements.
– le défaut de proposition de la convention de C.R.P. avec la réparation civile du préjudice subi par le salarié et la « perte d'une chance » ;
– le non-respect du formalisme procédural ;
– la contestation du motif économique après l'adhésion à une C.R.P. ;
– la contestation de l'ordre des licenciements.
– sur le non-respect de la priorité de réembauchage.

Signalons que le préjudice consécutif à un licenciement économique sans cause réelle et sérieuse est distinct de celui résultant du non-respect de la priorité de réembauchage, par conséquent les dommages et intérêts se conjuguent (Cass. Soc. 05.10.1995, R.J.S. 3/96 n° 265).

QUESTIONS / RÉPONSES

L'abandon par une entreprise d'une tâche désormais confiée à un sous-traitant justifie-t-elle le licenciement économique du salarié affecté à cette tâche ?

Oui, on appelle ceci l'externalisation (Cass. Soc. 26.09.1990, R.J.S. 11/90 n° 841), mais il faut prouver que c'est indispensable au maintien de la compétitivité de l'entreprise.

Un salarié peut-il intenter une action individuelle en nullité du plan de sauvegarde de l'emploi ?

Par un arrêt n° 99-41.041 du 20.03.2001, la Cour de cassation a confirmé que, dès lors que la demande en nullité du plan social, devenu plan de sauvegarde de l'emploi, est exercée par un salarié ou un ex-salarié dans le délai de prescription quinquennale, ceci relève de la compétence prud'homale. Rien n'empêche une action en nullité du plan social (ou du PSE maintenant), exercée par un syndicat ou un Comité d'Entreprise devant le Tribunal de grande instance, puisqu'en l'occurrence, la demande du salarié portait sur la nullité de son propre licenciement et le paiement de salaires le concernant.

Le Comité d'Entreprise doit-il être consulté ?

Non, réaffirme la Cour de cassation en un arrêt n° 98-43.796 du 21.03.2001, le C.E. n'a pas à faire l'objet d'une convocation préalable en cas de licenciement économique individuel.
Avant 2005, il devait être convoqué si les licenciements économiques concernaient au moins dix salariés sur une période de trente jours. Depuis la loi de cohésion sociale du 18.01.2005, le C.E. ne doit être convoqué pour une présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, que si l'offre de modification d'une clause essentielle du contrat de travail a été refusée par au moins 10 salariés.

Un salarié peut-il être licencié pour motif économique alors qu'on le remplace ?

Oui, son licenciement peut être lié à des mutations technologiques (voir définition au début du chapitre XVII). Par exemple, un atelier se robotise, un salarié employé à la chaîne de production pourra se voir licencier et remplacer par un jeune DUT ou BTS apte à piloter le robot (Cass. Soc. 10.03.1988 – 15.05.1987…). En revanche, si le salarié était remplacé à l'identique dans l'emploi qu'il occupait antérieurement, le licenciement économique serait abusif (C.E. 15.05.1987 – 23.06.1986 – 23.02.1983 – 14.06.1989… et Cass. Soc. 24.04.1990 – 20.05.1990 – 30.5.1990…).

Un salarié peut-il être licencié pour motif économique alors que l'employeur avait engagé quelques mois avant un autre salarié pour l'aider ?

La jurisprudence du Conseil d'État est ferme et constante. Dans les cas cités ci-après, l'employeur avait engagé un salarié quelques mois avant le licenciement économique du salarié « A ». « B » s'était alors vu attribuer les fonctions de « A » à l'identique. L'employeur ayant invoqué le motif économique, le Conseil d'État ne l'a pas accepté (C.E. 03.06.1981 – 29.07.1983 – 18.05.1984 – 31.10.1984 – 27.02.1985 – 20.07.1988 – etc.). En revanche, si l'engagement a lieu longtemps après, il y aura licenciement économique. Par exemple : remplacement du salarié 18 mois après une conjoncture économique différente (C.E. 18.02.1987 – 05.12.1984).

Un employeur ayant licencié un salarié pour motif économique peut-il engager des intérimaires pour la même fonction ?

Oui, s'il est fait appel en nombre limité et pour de courtes durées à des salariés temporaires (C.E. 03.03.1989 – 15.06.1988 – 17.01.1986 – 17.12.1982…). Ce serait différent si le recours à l'intérim était de longue durée.

Un employeur ayant licencié un salarié pour motif économique peut-il sous-traiter l'activité exercée antérieurement par le salarié ?

Oui, il s'agit bien d'une suppression interne d'emploi liée à des mutations technologiques ou à une décision de nature économique (C.E. 01.07.1983 – 03.06.1983 – 20.02.1987 – 30.10.1987 – 15.01.1988 – 05.12.1986 – 25.07.1986).

Un employeur ayant licencié un salarié pour motif économique peut-il engager un nouveau salarié moins cher pour le même poste ?

Non, un motif d'économies ne constitue plus un motif économique (Cass. Soc. 07.10.1998 n° 96-43.107). L'employeur devra proposer au salarié d'autres emplois disponibles, y compris de catégorie inférieure ou à temps partiel.

Un employeur peut-il licencier pour motif économique un salarié à temps partiel refusant de passer à temps plein ?

Oui, sous réserve qu'il soit prouvé que cette modification proposée par l'employeur n'avait pas été décidée dans le but d'évincer le salarié de son poste (C.E. 19.12.1986 – 18.05.1983). Dans le même sens, un V.R.P. multicarte ayant refusé de devenir V.R.P. exclusif (Cass. Soc. 01.06.1983).

Un employeur peut-il licencier pour motif économique un salarié refusant une mutation de son lieu de travail ?

Oui, dès lors qu'il est prouvé :

– que l'établissement où il était employé rencontrait des difficultés économiques ;
– que le salarié n'avait pas été remplacé dans son poste ;
– que l'autre établissement avait un besoin immédiat de personnel (C.E. 25.03.1988 Cochery).

Un employeur peut-il licencier pour motif économique un salarié absent depuis plus d'un an et qui avait été remplacé ?

Oui, car l'employeur avait deux salariés pour le même poste et, dans ses critères de choix, l'ancienneté peut passer après l'aptitude (C.E. 18.12.1981).
En revanche, le Conseil d'État n'a pas accepté le licenciement économique au retour d'une salariée remplacée pendant son congé de maternité (C.E. 16.10.1987).

Un employeur peut-il licencier pour motif économique un salarié par priorité en raison de leurs désaccords ?

Oui, dans les critères de choix les désaccords peuvent être considérés prioritairement. Par exemple : désaccord politique (C.E. 01.07.1988 l'Humanité) ; animosité (C.E. 08.03.1989) ; discussions familiales (C.E. 27.02.1987).

Un employeur peut-il licencier pour motif économique un salarié avant une cession d'entreprise ?

L'exigence du licenciement formulée par l'éventuel acquéreur ne constitue pas une cause légitime de licenciement (Cass. Soc. 17.07.1990). C'est un retournement récent de jurisprudence.

Un employeur peut-il licencier économiquement un salarié pour augmenter ses bénéfices ?

Non, la Cour de cassation rappelle dans de nombreux arrêts que le licenciement économique ne peut avoir pour effet que de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise et non la volonté de réaliser des bénéfices plus importants (Cass. Soc. 26.11.1996 n° 4501 P, R.J.S. 3/97 n° 266), ou de remettre en cause des avantages sociaux ou une situation acquise trop favorable à son goût (Cass. Soc. 30.09.1997, n° 3281 P, R.J.S. 11/97 n° 1297), ou d'économiser le salaire du salarié (Cass. Soc. 07.10.1998, n° 3798 P, R.J.S. 11/98 n° 1350 ou 15.12.1998, n° 5290 D, R.J.S. 2/99, n° 177).
Dans les dix jours de son départ effectif (c'est-à-dire à partir du lendemain du dernier jour de son préavis, effectué ou non effectué, et non de la cessation de la prestation de travail), le salarié peut demander par écrit (par lettre recommandée avec avis de réception) les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements (art. L. 1233-1 du C.T.) (Cass. Soc. 18.10.1994, R.J.S. 3/95 n° 219).

Un licenciement peut-il être notifié pendant les congés payés ?

Oui, mais le préavis ne commence à courir qu'à la date où le congé prend fin (Cass. Soc. 08.11.1995, R.J.S. 12/95 n° 1243).

Un salarié peut-il intenter une action individuelle en nullité du plan social ?

Pour un arrêt n° 99-41.041 du 20.03.2001, la Cour de cassation a confirmé que, dès lors que la demande en nullité du plan social est exercée par un salarié ou un ex-salarié dans le délai de prescription quinquennale, ceci relève de la compétence prud'homale. Rien n'empêche une action en nullité du plan social exercée par un syndicat ou un Comité d'Entreprise devant le Tribunal de grande instance, puisqu'en l'occurence, la demande du salarié portait sur la nullité de son propre licenciement et le paiement de salaires le concernant.

Le Comité d'Entreprise doit-il être consulté ?

Non, réaffirme la Cour de cassation en un arrêt n° 98-43.796 du 21.03.2001, le C.E. n'a pas à faire l'objet d'une convocation préalable en cas de licenciement économique individuel, il ne doit être convoqué que si les licenciements économiques concernent au moins dix salariés sur une période de trente jours.

La suppression des « doublons » justifie-t-elle un licenciement ?

A la suite d'une fusion, d'une absorption, d'une réorganisation, d'une location-gérance... il est fréquent que les regroupements de services entraînent des postes qui font double emploi. L'employeur qui a le droit d'organiser à sa guise l'entreprise, est conduit à justifier le licenciement économique par ces doubles emplois. Erreur fatale, la suppression des « doublons » n'est justifiée que si elle est indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (Cass. Soc. 29.04.1998 n° 96-40.520, 02.01.2002 n° 00-41.479).
En effet, depuis longtemps :

- un simple souci de rentabilité ne justifie plus un licenciement économique (Cass. Soc. 01.12.1999 n° 998-42.746) ;
- un licenciement économique « préventif » dans une entreprise n'ayant pas encore de difficultés économiques telles que le licenciement est indispensable pour « sauvegarder la compétitivité de l'entreprise », sera jugé abusif (Cass. Soc. 05.04.1995 n° 93-42-690) ;
- un simple souci d'économie ne peut justifier un licenciement (Cass. Soc. 09.07.1997 n° 95-43.722) ;
- la volonté de limiter la masse salariale n'est plus un motif (Cass. Soc. 29.04.1998 n° 96-40.520).

En cas de licenciement collectif, qu'en est-il du reclassement individuel ?

L'obligation de reclassement individuel d'un salarié licencié pour motif économique, s'impose à l'employeur quelque soit le nombre de licenciements. Il ne faut pas confondre avec les dispositions du plan de sauvegarde des emplois, le reclassement individuel se superpose aux mesures du plan (Cass. Soc. 09.01.2002, R.J.S. 03/02 n° 277).

La réorganisation de l'entreprise peut-elle justifier un licenciement économique ?

Non, la réorganisation ne peut justifier un licenciement pour motif économique que pour autant qu'elle ait été nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de celle-ci (Cass. Soc. 05.04.1995, bull. 123 ou 11.01.2001 bull. 266).

La cessation d'activité de l'entreprise constitue t-elle un motif économique ?

Elle constitue un motif économique de licenciement, dans le seul cas où cette cessation n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable (Cass. Soc. 16.01.2001 n° 114 P + B et 10.05.2005 n° 1067).

L'absence de diplôme pour exercer est-elle un motif de licenciement économique ?

OUI, si une nouvelle législation impose un diplôme ou un titre pour exercer une fonction, un licenciement peut avoir lieu, mais il convient de respecter la procédure du licenciement économique.

Dans l'arrêt (C.E. 09.05.2005, n° 257 768), le Conseil d'État a enfin éclairci la solution, l'adoption d'une nouvelle réglementation et la nécessité pour l'employeur de se mettre en conformité en assurant le remplacement du salarié non diplômé par un salarié diplômé, (après vérification des efforts de reclassement), constitue un motif économique. En l'occurrence, il s'agissait d'un vendeur-monteur de lunettes.

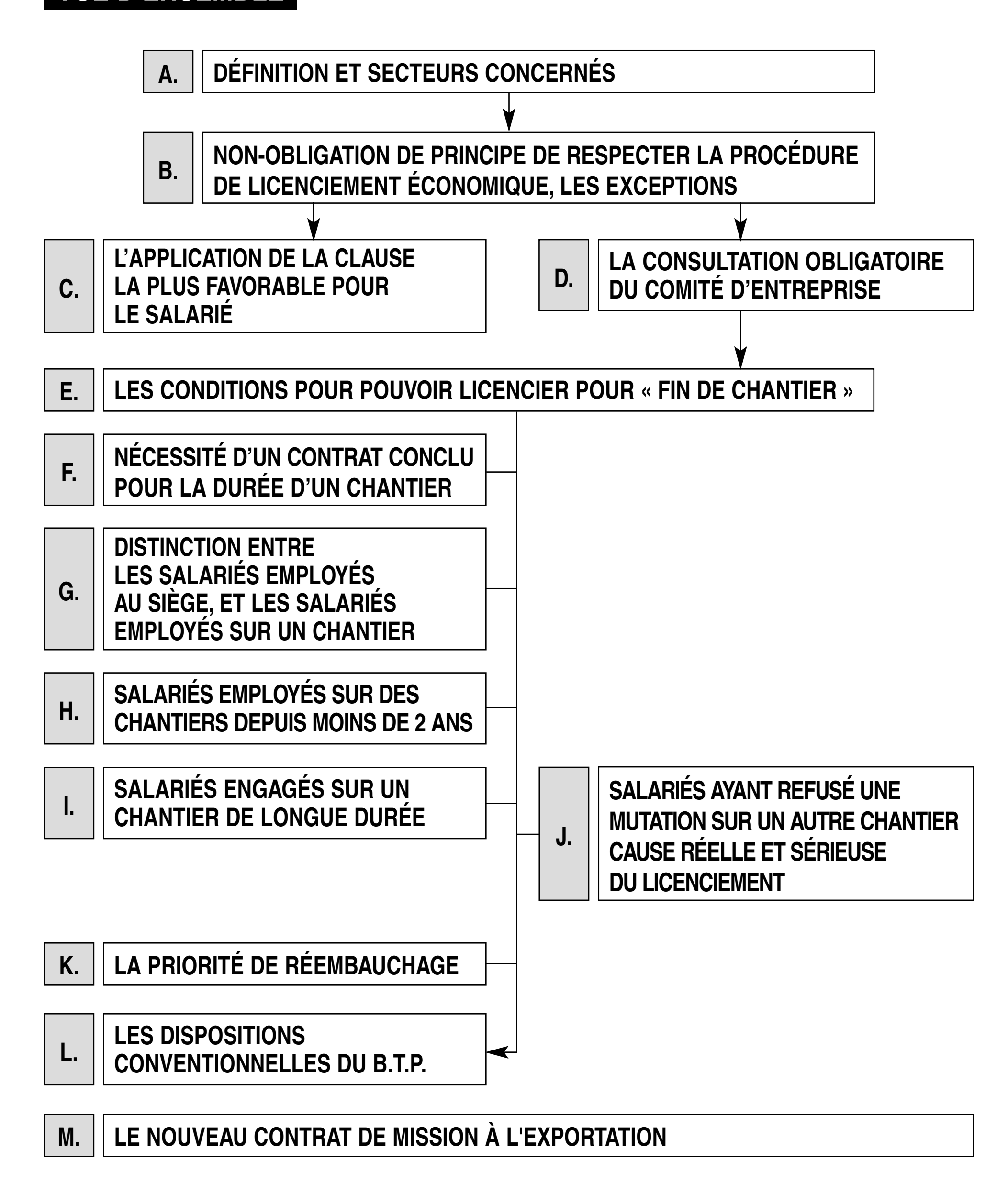
La mise à la retraite d'office pour raison économique n'est-elle pas un licenciement ?

Non, précise la Cour de cassation (arrêt du 18.03.2008 n° 07-40.269 P + B). Il s'agit d'une mise à la retraite, la mesure n'étant pas intervenue dans le cadre d'un PSE (Plan de Sauvegarde de l'Emploi), le salarié ne pouvait bénéficier d'une indemnité de licenciement plus favorable que l'indemnité de mise à la retraite.

XVIII

LE LICENCIEMENT POUR FIN DE CHANTIER

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. DÉFINITION ET SECTEURS CONCERNÉS

L'article L. 1236-8 précise pour les contrats pour la durée d'un chantier :
« Le licenciement qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession, n'est pas soumis aux dispositions du chapitre III relatives au licenciement pour motif économique, sauf dérogations déterminées par convention ou accords collectif de travail.
Ce licenciement est soumis aux dispositions du chapitre II, relatives au licenciement pour motif personnel ».

Cet article a été introduit dans le Code du Travail par une loi du 31.12.1986. La validité d'un licenciement pour fin de chantier est subordonnée à l'existence d'une clause dans le contrat de travail, précisant que le contrat était conclu pour un ou plusieurs chantiers déterminés (Cass. Soc. 22.11.2000 ou 02.06.2004 n° 01-891).

Naturellement, l'employeur doit prouver la fin du chantier, ou plus précisément la fin de la mission dévolue au salarié sur ce chantier (Cass. Soc. 07.02.2007 n° 05.45.282 P). C'est la cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement.

Même si la durée prévisible du chantier a été dépassée, ce contrat pour la durée d'un chantier est valable (Cass. Soc. 15.11.2006 n° 04-48.672).

Ne sont pas soumis à la procédure de licenciement économique *« les licenciements qui, à la fin d'un chantier, revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession considérée, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif »*.

Tous les secteurs d'activité peuvent être concernés (Cass. Soc. 05.12.1989), par exemple, des jugements ont accepté la réparation navale, le cinéma, la construction mécanique, l'aéronautique…
Mais, pour faire admettre un licenciement pour fin de chantier en dehors du bâtiment et des travaux publics, il faudra convaincre les juges que dans la profession exercée par l'entreprise ou dans l'entreprise, les licenciements pour fin de chantier sont une pratique habituelle (Cass.Soc. 05.12.1989).

Une entreprise ne peut licencier un salarié pour « fin de chantier » que si le contrat de travail de l'intéressé précisait bien qu'il était conclu pour un ou plusieurs chantiers précis. À défaut, il doit être présumé conclu à

durée indéterminée, et sa rupture motivée par le seul motif du terme du chantier est sans cause réelle et sérieuse. (Cass. Soc. 06.02.2001 n° 98-45649).
Pour échapper à leur requalification en licenciement économique, (et les conséquences en découlant…), les licenciements doivent être exclusivement justifiés par la fin d'un chantier (Cass. Soc. 10.04.1996, 12.02.2002).

À l'origine, le contrat pour la durée d'un chantier était exclusivement réservé au B.T.P., d'autres professions ont signé des accords collectifs depuis. Tel est le cas du cinéma, de l'aéronautique, de la réparation navale, de la construction mécanique par exemple.

B. NON-OBLIGATION DE PRINCIPE DE RESPECTER LA PROCÉDURE DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE LES EXCEPTIONS

La particularité de ces licenciements est que l'employeur n'est pas obligé de respecter la procédure de licenciement pour motif économique (cf. chap. XVII), mais la procédure de licenciement individuel (cf. chap. XI). Mais encore faut-il que l'employeur ne se soit pas engagé à le faire. Dans un arrêt célèbre, l'employeur avait déclaré, peut être imprudemment, au Comité d'Entreprise « que les ruptures de contrats de travail devant intervenir à la fin du chantier seraient considérées comme des licenciements pour motif économique » (Cass. Soc. 20.05.1992). Dès lors cette procédure du licenciement économique s'imposait à lui.

Par ailleurs, encore faut-il que des licenciements pour fin de chantier, ne camouflent pas par leur ampleur et leur nature des licenciements pour motif économique. Par exemple, s'ils comportent le licenciement de personnel permanent (encadrement, techniciens, cadres et ingénieurs employé au Siège...) appelé à opérer sur des chantiers successifs (Circ. min. DE n° 89-46 du 01.10.1989).

Autre cas, où 29 salariés employés sur un chantier de T.P. avaient tous une ancienneté supérieure à la durée de ce chantier, il fut jugé que l'employeur camouflait par des pseudos fins de chantier, des licenciements économiques pour faire face à une dégradation de ses carnets et de la conjoncture (Cass. Crim. 04.01.1979).

C. L'APPLICATION DE LA CAUSE LA PLUS FAVORABLE POUR LE SALARIÉ

À défaut de Convention collective ou d'accord signé avec l'employeur, ou d'engagement unilatéral de l'employeur, ce sont les dispositions de la loi qui doivent s'appliquer.

S'il y a une disposition de la Convention collective qui traite de ces licenciements, ce sera toujours la disposition la plus favorable au salarié qui l'emportera. Par exemple, l'article 10.7.3. de la Convention collective des ouvriers de travaux publics stipule que « les salariés licenciés pour fin de chantier pourront bénéficier d'une priorité de réembauchage pendant un délai d'un an à compter de la date de la rupture de leur contrat, (ce qui est conforme à la loi), s'ils manifestent le désir d'user de cette priorité dans un délai de deux mois à partir de leur départ de l'entreprise ».

Cette dernière disposition est inapplicable pour quatre raisons :

– le délai légal est de douze mois à compter de la rupture (art. L. 1233-45) ;
– le point de départ n'est pas « leur départ de l'entreprise » qui pourrait se comprendre comme la fin de l'exécution du travail en cas de préavis non effectué, mais « à compter de la date de rupture du contrat », donc à la fin du préavis, qu'il soit ou non effectué ;
– la demande de priorité de réembauchage n'est plus limitée, mais dure pendant les 12 mois précités ;

– enfin, il y a parfois des raisons de Convention collective. Par exemple, par une note annexe à l'accord T.P. du 29.10.1986, signée le même jour, les partenaires sociaux des T.P. ont précisé « Les dispositions prévues à l'article 2, dernier alinéa, s'appliquent également aux licenciements pour fin de chantier prévus à l'article 21 de l'accord Collectif National du 29.10.1986 ». En clair, que la priorité de réembauchage est la durée légale.

D. LA CONSULTATION OBLIGATOIRE DU COMITÉ D'ENTREPRISE

Le Comité d'Entreprise, (ou d'établissement s'il s'agit d'un établissement), ou la Délégation Unique le cas échéant, doit être informé et consulté dans les conditions prévues par le Code du Travail, sur les projets de compression d'effectifs de l'employeur, ceci concerne également d'éventuels licenciements pour fin de chantier.

L'avis du Comité doit être adressé à la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi.

Dans le cas où des licenciements pour motif économique seraient projetés ou effectués en même temps que des licenciements pour fin de chantier, la procédure à respecter, et les délais applicables, sera celle des licenciements économiques (Circ. min. C.D.E./D.R.T. 01.0.1989 n° 89-46 § 5).

Les accords du B.T.P. prévoient tous les deux, qu'à défaut de Comité, il convient d'informer et de consulter les délégués du Personnel.

Dans ces deux professions, les Conventions collectives précisent que les représentants du Personnel doivent être consultés dans un délai de quinze jours avant l'envoi des lettres de notification aux salariés concernés.

Ces représentants du Personnel doivent avoir reçu, au moins trois jours avant la réunion un document d'information comprenant un certain nombre de renseignements ou de propositions de la Direction, selon les modalités fixées par ces accords (voir ci-après).

E. LES CONDITIONS POUR POUVOIR LICENCIER POUR FIN DE CHANTIER

La très grande majorité des licenciements pour fin de chantier concernent le B.T.P. Ces deux branches, celle du Bâtiment, et celle des Travaux Publics ont signé des accords très voisins sur ce sujet, et qui influencent naturellement les juges en cas de litige.

Ils peuvent servir de guide au niveau des critères, dans les professions où la Convention collective est muette. C'est en tout cas ce qu'à fait le Ministre dans sa circulaire DE 89-46 du 01.10.1989 n° 5).

F. NÉCESSITÉ D'UN CONTRAT CONCLU POUR LA DURÉE D'UN CHANTIER

L'analyse des arrêts nombreux conduit à avancer qu'il convient que le salarié que l'employeur envisage de licencier pour fin de chantier, ait eu, lors de son engagement, connaissance de la nature temporaire et précaire de son engagement lié à un chantier ou à une série de chantiers successifs (Cass. Soc. 14.03.1983 n° 83-V-145 et 27.02.1985).

La profession des T.P. a rappelé à ses adhérents dans une circulaire, un arrêt du 20.11.1986 de la Cour de cassation qui précisait : « Si l'employeur n'établit pas que, lors de l'engagement du salarié, celui-ci avait été avisé qu'il était embauché pour un seul chantier – et du moment que celui-ci avait d'ailleurs travaillé pour deux chantiers successifs – le seul achèvement des travaux du dernier chantier où il avait été occupé ne constituait pas un motif réel et sérieux de licenciement ».

Par un arrêt de 1987, ne fut pas admis le licenciement pour fin de chantier de 47 salariés qui avaient pourtant refusé des mutations proposées, au motif qu'aucune clause n'existait à cet égard dans leur contrat de travail, l'employeur devait respecter la procédure et les délais d'un licenciement collectif pour motif économique (Cass. Crim. 13.10.1987 n° 86-98.246).

D'ailleurs, l'accord dans le Bâtiment précise que « Lorsqu'un salarié est embauché sur un chantier, son contrat de travail est conclu avec l'entreprise et non sur le chantier, à défaut d'autre stipulation » dans le contrat, à défaut de mention expresse, le salarié ne pourra pas être licencié pour « fin de chantier », mais uniquement en respectant la procédure du licenciement économique.

G. DISTINCTION ENTRE LES SALARIÉS EMPLOYÉS AU SIÈGE ET LES SALARIÉS EMPLOYÉS SUR UN CHANTIER

Les salariés permanents employés au siège ou dans les bureaux sont, en tout état de cause, soumis à la procédure et la législation sur les licenciements pour motif économique. (Cass. Crim. 13.10.1987 n° 86-98.246).

Une circulaire ministérielle D.E. n° 89-46 précise que seuls les salariés employés sur chantiers peuvent être concernés par la signature d'un contrat de travail pour la durée d'un chantier (se reporter à l'ouvrage *Les contrats de travail*, Éditions Maxima, du même auteur).

C'est en tout cas l'interprétation des instances professionnelles des métiers du B.T.P.

Il convient d'en déduire que le licenciement pour fin de chantier ne peut pas concerner un salarié employé au siège.

Par contre, les salariés employés sur les chantiers, dans la plupart des cas peuvent être soumis à la procédure de licenciement pour « fin de chantier », mais ne peuvent voir leur contrat de travail résilié pour cas de

force majeure, l'achèvement d'un chantier bien qu'étant un événement inévitable, ne peut jamais constituer un cas de force majeure.

Dans les professions autres que celles du B.T.P. il reste à déterminer dans quels cas il peut être prouvé que les licenciements pour fin de chantier sont une pratique habituelle de la profession ou de l'entreprise.

H. SALARIÉS EMPLOYÉS SUR DES CHANTIERS DEPUIS MOINS DE 2 ANS

Le premier cas, est que ne peuvent être concernés par des licenciements pour fin de chantier que les salariés dont le réemploi ne peut être assuré lors de l'achèvement des tâches qui leur étaient confiées, lorsque ces salariés ont été employés sur un ou plusieurs chantiers pendant une période continue inférieure à deux ans, sauf dispositions conventionnelles différentes, par exemple dix-huit mois pour le Bâtiment et les T.P.

I. SALARIÉS ENGAGÉS SUR UN CHANTIER DE LONGUE DURÉE

Le second cas concerne les salariés engagés pour un chantier de longue durée, dont le réemploi ne peut être assuré lors de l'achèvement sur ce chantier des tâches qui leur étaient confiées.

Par exemple, la construction du tunnel sous la Manche, d'une ligne de T.G.V., d'une centrale nucléaire, d'un gros barrage etc. on ne peut savoir quand les travaux finiront, mais on sait qu'ils dureront plus de dix huit mois, (durée maximum d'un C.D.D. de surcroît d'activité), et qu'ils s'achèveront un jour.

J. SALARIÉS AYANT REFUSÉ UNE MUTATION SUR UN AURE CHANTIER

Le troisième cas concerne des salariés qui, quelle que soit leur ancienneté, ont refusé à l'achèvement d'un chantier l'offre faite par écrit, d'être employés ou mutés sur un autre chantier, y compris en grand déplacement, dans le respect des dispositions de la Convention collective, de l'accord d'entreprise, ou de l'usage et de la pratique interne (Circ. min. C.D.E./D.R.T. n° 89-46 du 01.10.1989 et Cass. Soc. 13.05.1985 n° 85-V-288).

Dans ce cas, ce n'est pas un licenciement pour motif économique. La procédure à respecter est celle du licenciement individuel non économique. La cause réelle et sérieuse est le refus d'être employé à la fin de leur mission sur un autre chantier (Cass.Soc. 15.06.1983 n° 83-V-327).
Une exception : le Bâtiment, (voir ci-après).

L'employeur qui n'a pas tenté de reclasser un salarié en fin de chantier, ne peut se prévaloir du caractère économique du licenciement (Cour d'Appel de Paris 27.03.2002).

K. LA PRIORITÉ DE RÉEMBAUCHAGE

Il n'y en a pas, puisque ce ne sont pas des licenciements pour motif économique, mais des licenciements individuels, sauf si une disposition de la Convention collective le prévoyait.

Cette priorité est d'un an, à condition d'avoir manifesté le désir d'en bénéficier dans un délai de quatre mois après la rupture dans le Bâtiment, et dans les T.P.

L. LES DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES DU B.T.P.

Les deux professions les plus concernées par les licenciements pour « fin de chantier », ont signé des accords paritaires :
- T.P. accord du 29.10.1986, précisé par le procès-verbal d'avril 1987, modifié par l'avenant du 11.09.1989 ;
- Bâtiment, accord du 26.06.1989.

Les clauses de ces accords doivent respecter les dispositions de la circulaire ministérielle du 13.11.78 et les positions jurisprudentielles.
En particulier, les conditions rappelées au § F, G, H et I ci-avant.

La convention du Bâtiment, limite la possibilité de recourir à ce type de licenciement pour fin de chantier aux salariés ayant été employés sur un ou plusieurs chantiers pendant une période continue inférieure à dix-huit mois. Elle étend cette mesure aux salariés qui ont refusé, à l'achèvement d'un chantier, l'offre faite par écrit d'être occupés sur un autre chantier, y compris en grand déplacement.
Pour la profession des T.P., les instructions données à ses adhérents par la profession des T.P. stipulent qu'il « résulte de la loi du 30.12.1986,

de la circulaire ministérielle du 07.04.1987 et de l'accord collectif T.P. du 29.10.1986 :

– sont considérés comme licenciements pour fin de chantier, les licenciements qui revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession ;
– l'application aux T.P. de cette définition permet de considérer comme étant des licenciements pour fin de chantier :
  • licenciements de personnes dont le réemploi ne peut être assuré lors de l'achèvement des tâches qui leur étaient confiées, lorsque ces personnes ont été employées sur un ou plusieurs chantiers pendant une période continue inférieure à 18 mois ;
  • licenciements de personnes engagées sur un chantier de longue durée (même plus de deux ans) dont le réemploi ne peut être assuré lors de l'achèvement sur ce chantier des tâches qui leur étaient confiées ;
  • licenciements de personnes, qui, quelle que soit leur ancienneté, ont refusé à l'achèvement d'un chantier l'offre faite par écrit d'être occupées sur un autre chantier, y compris en grand déplacement dans les conditions conventionnelles applicables à l'entreprise ».

Procédure du licenciement pour fin de chantier dans le B.T.P.

1. Préparation du dossier.

2. Convocation du comité d'entreprise (ou d'établissement) à défaut de comité, convoquer les délégués du personnel.
L'ordre du jour doit préciser l'objet de la convocation qui est la procédure de licenciement pour fin de chantier.

3. Trois jours de délai minimum.

**4. Réunion du comité
(ou des délégués du personnel à défaut).**
Remise d'un document d'information précisant au moins :
– la date d'achèvement des tâches de chaque salarié concerné ;
– le nombre des salariés concernés en distinguant ceux pouvant éventuellement être embauchés sur un autre chantier y compris en grand déplacement par mutation ou reclassement interne ou non ;
– le nombre de salariés dont le réemploi ne peut être assuré lors de l'achèvement des tâches qui leur étaient confiées, lorsque ces personnes ont été employées sur un ou plusieurs chantiers pendant une période continue inférieure à 18 mois ;
– le nombre de salariés engagés sur un chantier de longue durée (et non au siège), dont le réemploi ne peut être assuré lors de l'achèvement, sur ce chantier, des tâches qui leur étaient confiées ;

– les salariés pouvant bénéficier de la préretraite A.S. / F.N.E., des Conventions de Reclassement Personnalié (C.R.P.) ou des aides à la réinsertion des salariés étrangers dans leur pays d'origine, s'ils remplissent les conditions requises ;
– pour les seuls T.P. les salariés effectivement licenciés qui seront, avec leur accord, inscrits au Répertoire des Offres et Demandes d'Emploi Travaux Publics (RODE : 3615 TPFRANCE) afin de faciliter la recherche plus rapide d'un emploi dans les entreprises de la branche ;
– les mesures, telle la formation professionnelle continue, susceptible de permettre le reclassement des salariés dans l'entreprise ;
– les mesures envisagées pour faciliter le reclassement hors de l'entreprise des salariés, qui devront être effectivement licenciés.

Il s'agit d'une information, mais aussi d'une consultation impliquant que le procès-verbal de la réunion fasse état des avis et propositions des représentants du personnel.

5. Convocation de chaque salarié concerné à un entretien préalable.
Il doit obligatoirement être fait mention sur la lettre recommandée ou remise contre décharge, de :
– l'objet de la convocation qui est un licenciement pour fin de chantier ;
– la date, l'heure et le lieu de l'entretien ;
– la possibilité pour le salarié de se faire assister par un autre salarié du chantier (à défaut d'institution représentative, par un « Conseiller extérieur à l'entreprise » inscrit sur une liste dressée par le Préfet, avec les adresses où cette liste peut être consultée, Inspection du Travail et mairie) ;

6. Délai de 5 jours minimum entre la convocation et l'entretien.
Il résulte des textes et de la jurisprudence, que l'employeur a intérêt à respecter un temps suffisant pour que le salarié puisse se retourner, sous peine d'être condamné pour « précipitation fautive ».

7. L'entretien préalable.
– Explications des motifs du licenciement envisagé.
– Étude de la situation particulière du salarié, éventuelles propositions de reclassement, de mutation interne, d'aide au retour, de départ en préretraite, de formation...
– Recueil des souhaits du salarié.
– Modalités de son départ, préavis, transaction, heures pour recherche d'emploi...

8. Notification des licenciements.
Quinze jours minimum après la réunion avec les Représentants du Personnel, la lettre de licenciement peut être adressée en R.A.R. ou remise en main propre. Cette lettre doit mentionner :
– les motifs du licenciement pour fin de chantier (ne pas se borner à écrire « fin de chantier ») ;
– la priorité de réembauchage d'un an après la fin du préavis, si le salarié la demande.

9. Information de l'administration.
L'avis de l'instance représentative du Personnel sur le projet de licenciement pour fin de chantier doit être adressé à la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi. (Notons que cet avis ne trouve pas son fondement dans la législation relative au licenciement économique, mais en application des attributions générales du Comité).

M. LE NOUVEAU CONTRAT DE MISSION À L'EXPORTATION

Ce contrat de travail particulier nécessite un accord de branche ou d'entreprise. Il convient de s'y reporter, ces accords sont encadrés par les trois articles suivants :

L'article L. 1223-5 précise pour les contrats à l'exportation :
« Un accord collectif de branche ou d'entreprise détermine les contrats de travail conclu pour la réalisation d'une mission à l'exportation accomplie en majeure partie hors du territoire » national, dont la rupture à l'initiative de l'employeur à la fin de la mission n'est pas soumise aux dispositions relatives au licenciement économique ».

L'article L. 1223-6 complète :
« L'accord collectif de branche ou d'entreprise prévoyant la mise en place du contrat de mission à l'exportation fixe notamment :
1. *Les catégories de salariés concernées ;*
2. *La nature des missions à l'exportation concernées ainsi que leur durée minimale, qui ne peut être inférieure à six mois ;*
3. *Les contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement accordées aux salariés, sans que cette indemnité puisse être inférieure au montant de l'indemnité légale de licenciement attribuée à due proportion du temps sans condition d'ancienneté et quel que soit l'effectif de l'entreprise ;*
4. *Les garanties en termes de formation pour les salariés concernés ;*
5. *Les mesures indispensables au reclassement des salariés.*

S'il s'agit d'un accord collectif de branche, il fixe également la taille et le type d'entreprises concernées ».

L'article L. 1223-7 impose :
« Les dispositions en matière de protection sociale de la branche ou de l'entreprise sont applicables au bénéficiaire du contrat de mission à l'exportation ».

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Ils sont peu nombreux au niveau de la Cour de cassation, probablement parce que les employeurs ne s'avisent presque plus de « glisser » des salariés du siège dans les licenciements pour fin de chantier, et qu'ainsi les cas douteux sont rares.
Ensuite, parce que la pratique est connue et souvent maîtrisée dans les professions du B.T.P. qui peuvent bénéficier des conseils avisés de leur Fédération patronale.
Toutefois, l'auteur a gagné plusieurs procès en appel.

QUESTIONS / RÉPONSES

La fin des travaux d'un chantier constitue-t-elle un motif de licenciement économique ?

Non, ne cesse de répéter le Conseil d'État (04.12.1981 n° 32315, 08.07.1981 n° 24456, 08.07.1981 n° 23067, 25.03.1983 n° 36037).

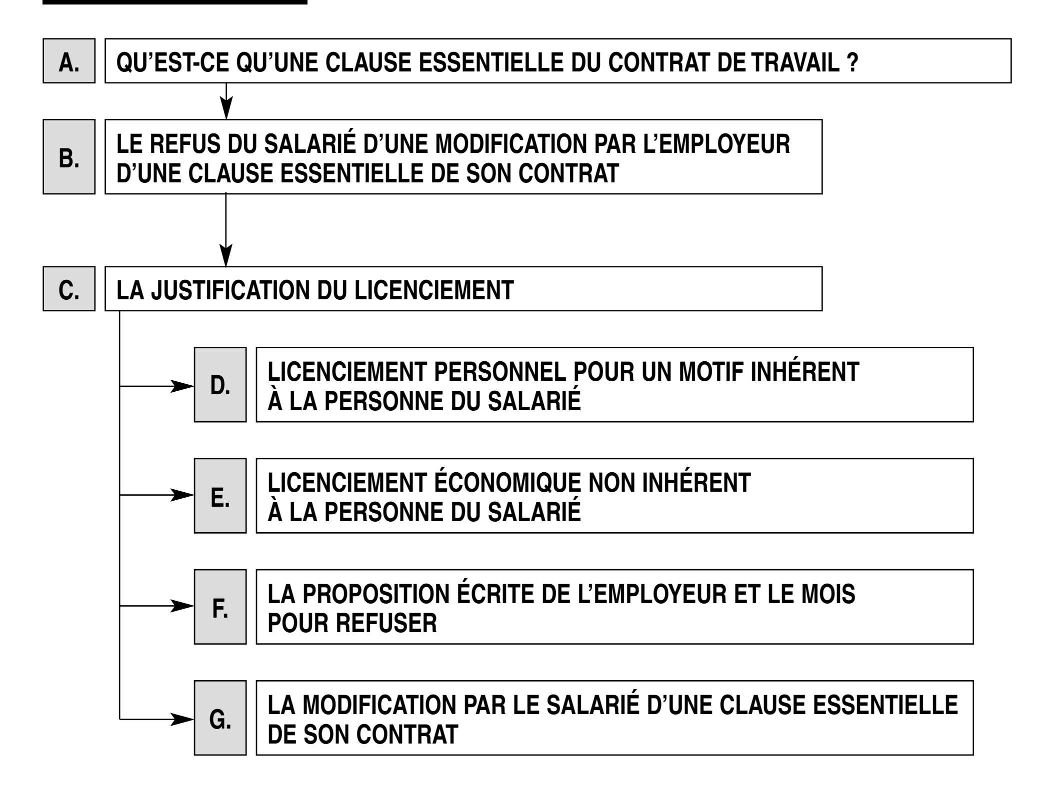
La fin des travaux d'un chantier constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ?

Non, rappelle à chaque fois la Cour de cassation (18.12.1986 Bull. civ. V p. 472 n° 623, ou 10.07.1986, 21.07.1986, 20.11.1986 Bull. civ. V p. 416 n° 550). Dans le même sens (Cour d'Appel de Poitiers 08.12.1992 n° 663). Une simple réduction d'activité sur un chantier ne saurait être considérée comme fin de chantier justifiant un licenciement (Cass. Soc. 04.10.1989 n° 3310).

XIX

LE LICENCIEMENT POUR REFUS D'ACCEPTER UNE MODIFICATION ESSENTIELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. QU'EST-CE QU'UNE CLAUSE ESSENTIELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL ?

Dans un contrat de travail certaines clauses sont essentielles, elles furent déterminantes lors de sa signature (rémunération et structure de la rémunération, durée du travail, qualification, lieu d'emploi…). Aucune des parties ne pourra modifier ultérieurement une telle clause essentielle, sans l'accord de l'autre partie.

Par contre, d'autres sont plus évolutives (les tâches par exemple ou un horaire commençant à 9 heures au lieu de 9 heures quinze auparavant).

En effet, un contrat de travail est un contrat à exécution successive ; il doit vivre, donc évoluer.

L'employeur pourra imposer au salarié une modification non essentielle de son contrat, compte tenu de l'évolution et de la bonne marche de l'entreprise lorsque cette modification est liée aux conditions de travail. Celui-ci commettrait une faute en refusant cette modification, et souvent une faute grave justifiant d'un licenciement (Cass. Soc. 20.05.1980 n° 437). En effet, le pouvoir de direction de l'employeur implique la faculté d'aménager contrats et conditions de travail selon les nécessités de la bonne marche de l'entreprise.

Il y a des clauses essentielles par nature, par la loi ou la Convention collective, telles que payer la rémunération contractuelle, le coefficient hiérarchique, fournir le travail convenu correspondant à la qualification, posséder la qualification convenue au contrat, souvent le lieu de travail.

Et des clauses essentielles par la volonté des parties, telles une clause de mobilité, une clause de déplacement continu, l'attribution d'un véhicule de fonction, une clause d'astreinte, une clause de non-travail le mercredi pour un temps partiel…

D'ailleurs, dans notre ouvrage *Contrats de travail* (éditions Maxima), nous recommandions aux employeurs de distinguer clairement dans le contrat :

– **les clauses essentielles**, que les parties entendent considérer comme essentielles et qu'elles ne pourront modifier sans l'accord de l'autre ;

– **et les clauses évolutives** ou purement indicatives, qui ne sont pas considérées comme des clauses essentielles, et qui évolueront avec la carrière du salarié, l'organisation, l'évolution et la bonne marche de l'entreprise.
– **et éventuellement des clauses purement informatives**, par exemple la remise d'un livret d'accueil, des documents édités par la Caisse de prévoyance, éventuellement la Convention collective actuellement en vigueur, mais ces éléments sont appelés à être modifiés dans le temps.

B. LE REFUS DU SALARIÉ D'UNE MODIFICATION PAR L'EMPLOYEUR D'UNE CLAUSE ESSENTIELLE DE SON CONTRAT

Lorsque l'employeur décide de modifier un élément essentiel du contrat ou aggrave très sensiblement les conditions de travail du salarié, il ne peut imposer cette modification sans l'accord de celui-ci.

Rappelons que comme il n'y a pas d'acceptation tacite du salarié (à la seule exception décrite ci-après), l'employeur a intérêt à le confirmer par écrit et de recueillir l'acceptation formelle du salarié.

En effet, en vertu d'une jurisprudence constante et renforcée, l'acceptation du salarié ne se présume pas (Cass. Soc. 08.10.1987 n° 84-41.902, 06.12.1990 n° 88-45.780), elle ne saurait être déduite de la seule poursuite du travail (Cass. Soc. 08.11.1987 BC V n° 541), de l'accusé de réception de la lettre de l'employeur notifiant cette modification (Cass. Soc. 09.06.1988 n° 86-42.316), ou de la poursuite du travail avec des horaires diminués (Cass. Soc. 03.10.1990 n° 87-40.775).

C'est à l'employeur qu'il appartient d'apporter la preuve de l'acceptation formelle et non équivoque du salarié (Cass. Soc. 14.01.1988 n° 85-43.782).

En présence d'un refus formel du salarié l'employeur a deux choix :
– soit renoncer à la modification envisagée et proposée ;
– soit prononcer le licenciement du salarié.

Dans ce dernier cas, l'employeur devra respecter la procédure de licenciement adaptée (disciplinaire, mais avec une vraie cause réelle et sérieuse, la plupart du temps économique), et verser au salarié les indemnités de rupture (Cass. Soc. 21.01.1988 n° 84-45.385 et 04.02.1988 n° 85-43.892).

Jamais l'employeur ne peut considérer ce refus comme une démission (Cass. Soc 04.07.1995 n° 94-44.652), ni comme une faute (Cass. Soc. 14.02.1995 n° 91-40.361).

L'employeur peut donc imposer au salarié certaines mesures, sans pour autant méconnaître le contrat, et, par conséquent, sans le modifier.

Ensuite, parce que l'employeur qui dirige et gère une collectivité organisée est investi du pouvoir de direction, il peut naturellement prendre des décisions individuelles ou collectives auxquelles les salariés doivent normalement se soumettre.

Une des obligations principales du salarié est de respecter ses engagements contractuels. Ainsi, il est de jurisprudence constante que le changement d'affectation d'un salarié en application d'une clause de mobilité justifiée, ne constitue pas une modification du contrat. Ce refus est fautif, à moins que la mise en œuvre de la mobilité ne relève d'un abus de droit de la part de l'employeur. (Cass. Soc. 29.01.2001 n° 99-44.604).

Toute la difficulté est de concilier le principe de hiérarchie, illustré par la subordination juridique et le pouvoir de direction, et le principe d'immutabilité du contrat qui lui assigne des limites. Le pouvoir de direction s'exerce librement lorsqu'il ne se traduit pas par une modification unilatérale du contrat.

Ainsi le refus du salarié de passer d'un horaire de jour à un horaire de nuit caractérise nettement une modification de son contrat que le salarié peut légitimement refuser (Cass. Soc. 22.05.2001, R.J.S. 9/2001 n° 992).

Nouvelle répartition des horaires

Mais l'employeur peut librement modifier une nouvelle répartition des horaires de travail au sein de la journée (Cass. Soc. 09.04.2002, R.J.S. 7/02 n° 785), ou de la semaine (Cass. Soc. 27.06.2001, R.J.S. 10/01 n° 1111), il devra en justifier par écrit les raisons. Le refus du salarié pourrait justifier son licenciement.

Nouveau lieu de travail

Si le nouveau lieu de travail se trouvait dans un secteur géographique différent, et si le salarié n'avait pas signé de clause de mobilité » justifiée, il s'agirait d'une clause essentielle du contrat de travail non-modifiable sans l'accord du salarié (Cass. Soc. 04.01.2000, R.J.S. 2/00 n° 152).

Mais s'il se situe dans le même secteur géographique, lorsque le contrat de travail ne précise pas de manière claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu, son refus serait une cause de licenciement (Cass. Soc. 21.01.2004, R.J.S. 3/04 n° 301).

Le fait de demander à un salarié de travailler désormais à domicile (télétravailleur), parce que son bureau a été supprimé par exemple, requiert son accord et un refus ne saurait justifier son licenciement (Cass. Soc. 02.10.2001, R.J.S. 12/01 n° 1399).

Réduction de la rémunération

Un employeur ne peut imposer à un de ses salariés la modification d'une si importante clause de son contrat de travail :

– que ce soit pour motif individuel, telle l'insuffisance professionnelle. Dans ce cas, il convient que soit proposée au salarié une rétrogradation avec réduction du salaire ;
– ou que ce soit pour un motif économique réel et sérieux, étranger au salarié.

Proposition de rétrogradation

L'employeur devra indiquer par écrit, (voir modèle-type ci-après) que :

– s'il accepte la proposition dument « lue et approuvée » par le salarié constituera un avenant à son contrat de travail, ;
– s'il refuse, il sera licencié pour un motif individuel, disciplinaire ou le plus généralement économique.

Proposition de chute de la rémunération à la place d'un licenciement

Cette opération est très fréquente lorsque l'employeur a de sérieuses raisons économiques de devoir réduire drastiquement sa masse salariale pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, et même parfois sa survie. La solution la plus drastique est le licenciement sec pour motif économique, mais lorsque le niveau des rémunérations de certains salariés dans l'entreprise est beaucoup plus élevé que le minimum conventionnel, voire que le prix du marché, il relève de l'éthique de l'employeur de proposer à ceux-ci une réduction de leur rémunération pour réduire le nombre de licenciements ou tout simplement pour éviter un licenciement économique qui les concernerait. Cette mesure peut parfaitement être temporaire pour « faire le gros dos pendant l'orage » :

– si le salarié accepte la proposition en l'approuvant par écrit, la lettre de proposition constituera un avenant à son contrat de travail, notons que parfois, et nous ne pouvons que l'approuver, l'employeur garantit dans cette lettre une « clause de revoyure à meilleure fortune », par exemple qu'on reviendrait au salaire antérieur, si lors de l'exercice suivant les résultats s'étaient redressés à tel ou tel niveau. Parfois même, à un niveau donné de résultat, il y aurait un rappel de salaire relatif à la période de chute des rémunérations ;
– si le salarié refuse, il sera licencié pour un motif économique.

Notons qu'il ne peut y avoir un conseil uniforme pour tous les salariés en cas de motif économique.

Interviennent plusieurs critères de choix, notamment :

– le salarié ayant de fortes présomptions que l'entreprise risque fort de disparaître, aurait souvent intérêt à refuser, car l'indemnisation du chômage est basé sur la rémunération perçue pendant les 12 derniers mois ;
– le salarié ayant une assurance-chômage accompagnant un prêt immobilier ne devrait pas réagir comme celui qui n'a pas pris cette précaution. Notons qu'il a intérêt à vérifier si l'assureur couvre bien le chômage économique ;
– le salarié jeune et diplômé ne pourra pas réagir comme le salarié d'âge mûr !
– le salarié envisageant de profiter de l'aubaine pour s'offrir aux frais de l'ASSEDIC une formation qualifiante de même durée, sera beaucoup plus enclin à refuser la proposition et accepter son licenciement économique.

C'est d'ailleurs pourquoi, l'employeur propose un « appel au volontariat ». Cependant, si celui-ci est très pertinent dans la grande entreprise, il peut être un total piège pour la petite entreprise qui risque de voir les meilleurs partir.

Conciliation entre l'immutabilité des contrats et le pouvoir de direction

Pour situer le cadre dans lequel le pouvoir de direction s'exerce librement, il faut tenir compte de deux éléments :
– l'ordre public tout d'abord. Lorsque dans l'exercice de son pouvoir de direction l'employeur se trouve confronté à une règle d'ordre public, son pouvoir cède. Ainsi en est-il en matière de salariés protégés : aucune mesure susceptible de porter atteinte au statut ne peut être imposée à ces salariés, aucune modification de leur contrat de travail, aucun changement de leurs conditions de travail ne peut leur être imposé unilatéralement, leur refus laissant subsister leur droit à rémunération (Cass. Soc. 14.10.1997, n° 94-43.752), et l'employeur, s'il ne renonce pas à la mesure projetée, n'a plus d'autre choix que d'entamer une procédure de licenciement en prenant soin d'obtenir l'autorisation de l'Inspection du Travail (Cass. Soc. 25.11.1997 n° 94-42.727) ;
– les éléments essentiels du contrat, qui ne sont pas modifiables unilatéralement. On oppose désormais modification d'une clause essentielle du contrat à changement des conditions de travail. Le changement des conditions de travail est opposable au salarié (Cass. Soc. 10.07.1996 n° 93-41.137 et n° 93-40.966) : le pouvoir de direction s'exerce donc normalement sur les conditions de travail.

Dans cet esprit, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que le refus d'un salarié de transférer son bureau à son domicile pour y exercer son activité professionnelle ou à partir de son domicile, alors que cela

n'était pas prévu dans son contrat de travail, ne pouvait constituer une cause de licenciement. De sorte que l'exigence de l'employeur constituait nécessairement une modification du contrat de travail que le salarié était en droit de refuser (Cass. Soc. 02.10.2001).

C. LA JUSTIFICATION DU LICENCIEMENT

Un licenciement provoqué par le salarié refusant la modification d'une clause qu'il estime essentielle de son contrat de travail n'est pas nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Les juges ne peuvent condamner l'employeur à dommages et intérêts que s'ils estiment :
– que la clause modifiée est bien une clause essentielle ;
– et que la cause est bien réelle et sérieuse.

Pour un employeur, le fait de se borner à indiquer dans la lettre de licenciement que le salarié était licencié pour motif économique, sans indiquer explicitement la ou les raisons économiques précises, rend le licenciement abusif (Cass. Soc. 14.11.2000 n° 98-43.698).

Il faut que le licenciement soit justifié par l'intérêt de l'entreprise

Les juges doivent rechercher si la modification que l'employeur entend imposer au salarié est justifiée, c'est-à-dire correspond à l'intérêt légitime et réel de l'entreprise (Cass. Soc. 16.07.1987 n° 84-45.880 et 12.07.1990 n° 88-43.592).

Par exemple, nécessité de réorganiser les services ou la production, la situation économique de l'entreprise, l'aptitude du salarié (Cass. Soc. 02.07.1987, 28.11.1984, 16.06.1988 n° 86-41.280) ou son comportement avec certains de ses collègues (Cass. Soc. 17.11.1976).

Dans le cas contraire, le licenciement doit être jugé injustifié (Cass. Soc. 11.07.1991, 26.03.1992 ou l'arrêt du 08.04.1992 où Bouygues avait supprimé des grands déplacements sans motif).

Ainsi d'une modification à la baisse des rémunérations dans une société dont le chiffre d'affaires et les bénéfices étaient en augmentation (Cass. Soc. 08.11.1995 n° 92-41.116).

Il faut aussi que le licenciement ne procède pas d'un détournement de pouvoir

En pratique, il faut qu'il n'y ait pas d'intention de nuire, et que le bien fondé de la modification soit établi (Cass. Soc. 10.02.1987 BC V n° 102).

Par exemple, un employeur avait été condamné pour licenciement abusif pour avoir entouré la modification de mesures discriminatoires (Cass. Soc. 01.12.1982 n° 80-41.455) et vexatoires (Cass. Soc. 06.06.1985, n° 331).

D. LICENCIEMENT PERSONNEL POUR UN MOTIF INHÉRENT À LA PERSONNE DU SALARIÉ

Si le licenciement a été prononcé pour un motif inhérent à la personne du salarié (inaptitude physique, incompétence professionnelle, comportement…), la procédure à respecter est la procédure classique non économique (cf. chap. XI).

Mais l'employeur devra parfaitement motiver sa lettre de licenciement.

E. LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE NON INHÉRENT À LA PERSONNE DU SALARIÉ

Mais si le motif n'est pas inhérent à la personne du salarié, il conviendra de respecter la procédure économique :

– du licenciement individuel (cf. chap. XVII) ;
– ou du licenciement collectif si la modification concerne au moins 10 salariés sur 30 jours.

En effet, rappelons la définition du licenciement économique donnée par l'article L. 1233-3 du C.T. : « *Constitue un licenciement pour motif économique, le licenciement effectué par un employeur : pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant :*

- *d'une suppression ou transformation d'emploi ;*
- *ou d'une modification refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237 et suivants ;*

consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ».

Ceci signifie que tout licenciement pour refus d'accepter la modification d'une clause essentielle du contrat, et qui n'est pas purement inhérent à la personne du salarié, doit être traité comme un licenciement économique (Cass.Soc. 24.09.2008, R.J.S. 12/08 n° 1171, jurisprudences constantes).

F. LA PROPOSITION ÉCRITE DE L'EMPLOYEUR ET LE MOIS POUR REFUSER

L'article L. 1222-6 prévoit depuis la loi quinquennale une disposition qui formalise la modification essentielle du contrat de travail lorsque celle-ci n'est pas inhérente à la personne du salarié, et est donc économique.

L'employeur envisageant de modifier un élément essentiel du contrat de travail d'un ou de plusieurs salariés pour un motif économique doit informer les intéressés par écrit par lettre recommandée avec A.R. ou contre décharge en explicitant :
- les motifs réels et sérieux d'ordre économique qui fondent sa proposition dans le souci de la bonne marche de l'entreprise ;
- les modifications proposées et leurs éventuelles compensations ;
- le fait que le salarié a un mois après la réception de la lettre pour les accepter ou les refuser, auquel cas il serait licencié pour motif économique ;
- et qu'en cas de non-réponse de sa part dans le délai d'un mois, son silence vaudra acceptation de la modification en application de l'article L. 321-1-2 du C.T.

L'article L. 1222-6 stipule :

« Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception.
La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus.
À défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

Une demande dilatoire ou de prorogation du délai d'un mois ou une réponse conditionnelle constituent une réponse négative (Cass. Soc. 06.07.1998, R.J.S. 9/88 n° 959).

Naturellement, l'employeur n'ayant pas respecté la procédure décrite ci-dessus ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification proposée au salarié (Cass. Soc. 25.01.2005 n° 02-41.819, ou 23.09.2008 n° 07-42.602).

Ce n'est qu'au terme de ce délai d'un mois que l'employeur pourra engager la procédure de licenciement pour motif économique des salariés ayant refusé la modification.

Le délai d'un mois institué par cet article L. 321-1-2 constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix. Il faut qu'il ait le temps suffisant pour prendre des conseils. Il en résulte que l'inobservation de ce délai par l'employeur prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 10.12.2003 n° 01-44-745 P + B et 01-40-225 P + B, 19.01.2005 n° 03-41.904).

Et si la mesure porte sur au moins dix salariés, il devra respecter la procédure économique avec élaboration d'un plan social (C.A. Lyon 11.08.1995 et C.A. Versailles 23.06.1995, 12.01.1996, R.J.S. 4/96 n° 393, Cass. Soc. 22.03.1995, R.J.S. 5/95 n° 500).

Le licenciement fondé sur le refus de la modification d'une clause essentielle de son contrat de travail est sans cause réelle et sérieuse si l'employeur a convoqué l'intéressé à un entretien préalable avant l'expiration du délai d'un mois qui lui était légalement imparti pour prendre parti sur la modification proposée (Cass. Soc. 25.06.2008, R.J.S. 10/08 n° 958).

Exemple de modèle-type pour un motif économique

M….

Comme vous le savez les résultats économiques de notre entreprise sont catastrophiques.
(Détails chiffrés, précis, réels et très sérieux, en une dizaine de lignes au moins)

Non seulement pour tenter de rétablir la compétitivité de notre société, mais pour assurer sa pérennité, nous sommes amenés à devoir réduire sensiblement la masse salariale.

Compte tenu de votre cas personnel, nous sommes amenés à vous proposer une réduction importante de votre rémunération en la réduisant :
– votre rémunération actuelle s'élève à : ……… ;
– nous vous proposons de la ramener à ……… .

Si les résultats de notre entreprise se redressent, (au moins x) pour le prochain exercice, naturellement votre rémunération antérieure serait rétablie.
Si les résultats atteignaient (y), nous vous verserions un rappel de rémunération égal à la différence perdue.

Rappelons l'article L. 1222-6 du Code du Travail qui s'impose dans notre cas et qui stipule :
« Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat

de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception.
La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus.
À défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

Donc :
– si vous approuviez cette proposition, nous vous remercions de bien vouloir nous retourner le double de la présente revêtu de votre signature et de la mention manuscrite « lu et accepté » ;
– si vous la refusiez, au terme d'un mois vous seriez licencié pour un motif économique, vous recevriez alors une lettre de convocation à un entretien préalable ;
– enfin, en cas d'absence de réponse claire de votre refus, vous seriez sensé avoir approuvé cette proposition qui deviendrait effective.

Naturellement, nous avons avant de vous adresser cette lettre examiné toutes les possibilités de reclassement, mais malheureusement…
Exemple : « Comme vous le savez, notre petite société ne dépend d'aucun Groupe et n'a d'autre établissement que celui qui vous emploie »

Veuillez…

H. LA MODIFICATION PAR LE SALARIÉ D'UNE CLAUSE ESSENTIELLE

La demande de modification par le salarié

Rien n'interdit à un salarié de proposer à son employeur de modifier une clause essentielle de son contrat (par exemple passer d'un plein temps à un temps partiel ou réciproquement) mais il ne peut lui imposer sans son accord (Cass. Soc. 15.11.1989 n° 86-43.875), sauf lorsque la loi l'y autorise, par exemple :

– un congé parental à temps plein ou à temps partiel ;
– un passage à temps partiel avec une absence de moins d'un mois pour des besoins de la vie de famille par semaines complètes (loi Aubry II du 19.01.2000) ;
– un passage à un contrat intermittent lorsque le nombre de semaines non travaillées pour d'impératives nécessités familiales est au moins égal à cinq.

Cette demande de modification de son contrat, si elle n'est pas accompagnée d'un refus d'exécuter le contrat aux conditions antérieures, n'est pas une cause de licenciement (Cass. Soc. 09.07.1997 n° 95-43.407).

Le droit du salarié à la modification de son contrat de travail

Dans certains cas, le salarié a d'ailleurs un droit à la modification de son contrat de travail, que l'employeur doit anticiper :

– Ainsi le salarié menacé de licenciement pour motif économique, doit faire l'objet d'une tentative de reclassement dans l'entreprise ou dans le groupe le cas échéant par voie de modification de son contrat.
– La même solution s'applique aux salariés déclarés inaptes au travail, notamment à la suite d'une maladie ou un accident du travail (Cass. Soc. 24.10. 95 n° 94-40.188), qui précise que le reclassement doit être recherché dans le groupe.
– Le salarié demandant un congé parental à temps partiel, qui peut solliciter des jours et plages horaires de travail, mais pourlequel l'employeur reste maître de fixer les temps, compte tenu des nécessités de l'organisation interne. (L'employeur a toujours intérêt à justifier précisément les raisons de son refus, sous peine de se voir condamné en licenciement abusif, il suffit que le salarié invoque d'impératives nécessités familiales.

Mais le salarié peut refuser la modification de son contrat et notamment une réduction de salaire, sans commettre d'abus (Cass. Soc. 03.07.2001, R.J.S. 10/01 n° 1112), et ceci même si l'employeur considère et prouve que le nouveau système est plus avantageux (Cass. Soc. 12.03.23002, R.J.S. 5/02 n° 532).

Par contre, la transformation des attributions et du niveau des responsabilités d'un cadre de direction devenues très inférieures constitue une modification de son contrat de travail, même avec le maintien de la rémunération (Cass. Soc. 28.01.2005 P + B, R.J.S. 5/05 n° 475).

Résumons en disant que l'employeur ne peut modifier unilatéralement une clause essentielle du contrat de travail d'un de ses salariés, sans avoir son accord écrit. Et cela marche aussi dans le sens contraire, le salarié ne peut modifier sans l'accord patronal.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Voici un thème où les procès abondent. Ils portent en particulier sur :
– le non-respect de la procédure de licenciement économique ;
– l'absence de cause réelle et sérieuse et de justification de la modification imposée par l'employeur ;
– la demande du salarié de rappel, en particulier de salaire, sur une modification qu'il n'avait pas formellement acceptée ;
– la tentative du salarié de faire juger qu'il y a rupture de fait de son contrat par l'employeur qui aurait modifié unilatéralement une clause essentielle du contrat (ces procès ne gagnent pas toujours, mais si le dossier est bien étayé, l'employeur est alors condamné en plus pour n'avoir pas respecté la procédure de licenciement (cf. chap. II).

QUESTIONS / RÉPONSES

L'adhésion de la majorité du personnel peut-elle s'imposer à un salarié ?

Non, seul un accord collectif signé avec les syndicats dans les formes et les conditions légales peut s'imposer à tous les salariés, et encore, à condition de ne pas faire échec à une clause essentielle du contrat individuel de travail.
Même s'il n'y a qu'un seul salarié récalcitrant, la modification ne peut s'imposer à lui (Cass. Soc. 18.02.1970 n° 69-40.083).

Un employeur peut-il modifier les conditions de rémunération de ses commerciaux après une fusion ?

Certainement, si des salariés rassemblés après une fusion ou absorption ont des statuts de rémunération différents, il est de bonne gestion de gérer les salariés sous un statut unique, et donc de proposer à tous une modification contractuelle de leur contrat. C'est généralement le cas des commerciaux, des inspecteurs dans l'assurance… Comme la mesure est collective, c'est la procédure économique, avec éventuellement le plan social qu'il convient de respecter.
D'ailleurs, sur un plan plus général, il est de jurisprudence constante que le paiement de la partie variable de la rémunération constitue un élément essentiel du contrat de travail, qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié. (Cass. Soc., 08.01.2002 n° 99-44.467).

Un employeur peut-il modifier la durée du travail contractuelle ?

En principe, la durée du travail mentionnée au contrat de travail constitue une clause essentielle dudit contrat, qui ne peut être modifiée par l'employeur sans l'accord du salarié.
Le refus par le salarié de cette modification ne constitue pas une cause de licenciement (Cass. Soc. 20.10.1998 n° 96-40.614 P). Pour le cas particulier où l'abaissement de la durée du travail résulte d'un accord de réduction du temps de travail, se reporter plus haut.

Un employeur peut-il modifier la rémunération ?

Non sans l'accord du salarié. Il ne peut modifier ni le montant, ni le mode de la rémunération contractuelle (Cass. Soc. 19.05.1998 n° 96-41.573).

Un employeur peut-il modifier les horaires de travail d'un salarié à temps plein ?

À défaut d'une clause expresse du contrat de travail qui avait prévu l'impossibilité d'un travail de soirée, d'un travail le samedi, d'un travail en 4 jours etc., l'employeur demandant aux salariés de modifier la répartition de l'horaire de travail use tout simplement de son pouvoir de direction (Cass. Soc. 17.10.2000, n° 3609 FS – P + B, R.J.S. 12/00 n° 1222).

Toutefois, il faut modérer les conséquences de cet arrêt et de bien d'autres, en examinant des conditions de fait. Imposer un travail de nuit à un salarié qui le refuserait ne peut pas toujours entraîner la rupture de son contrat de travail pour cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 22.05.2001 n° 99-41.146). Mais tel ne serait pas le cas si l'employeur avait précisé dans le contrat de travail de l'intéressé la possibilité qu'un jour il puisse travailler de nuit.

Le refus d'une mutation est-il possible pour un salarié ayant une clause de mobilité ?

Si la clause de mobilité est valide (justifiée pour la préservation des intérêts légitimes de l'employeur, et dûment approuvée par le salarié), et si l'employeur a bien laissé le temps au salarié de prendre ses dispositions, le refus du salarié s'analyse en une faute grave (Cass. Soc. 28.02.2001, R.J.S. n° 566).

Un changement d'affectation est-il une modification du contrat de travail ?

Un simple changement d'affectation au sein de la même entité économique, dans les mêmes lieux, ne saurait constituer à lui seul une modification d'une clause essentielle du contrat de travail. En l'espèce, une secrétaire qui travaillait pour une association de formation avait refusé son affectation au centre de formation des apprentis qui dépendait de cette association. Elle fut déboutée (Cass. Soc. 09.05.2001 n° 99-40.840 P).

Que peut faire un salarié refusant la modification d'une clause essentielle de son contrat ?

Il a plusieurs choix :

– faire constater que ceci s'analyse en un licenciement qui sera nécessairement jugé comme dénué de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 31.03.2004, R.J.S. 6/04 n° 655). Il peut intenter un référé prud'homal ;
– exiger par écrit la poursuite de son contrat aux conditions antérieures sans modification (Cass. Soc. 26.06.2001, R.J.S. 10/01 n° 1117). Il aurait intérêt à prendre conseil dun avocat spécialiste du droit social pour l'aider dans la rédaction ;
– demander au tribunal la résiliation judiciaire de son contrat aux torts de l'employeur qui lui imposerait la modification (Cass. Soc. 19.06.1996 n° 1286) ;
– refuser cette modification en constatant la rupture pour faute de l'employeur (voir chapitre II), mais l'action prud'homale est longue (voir chap. IX), aléatoire, susceptible d'appel, et surtout, l'ASSEDIC ne règlera pas automatiquement les allocations de chômage dans ce cas.

Peut-on abaisser la rémunération nette par l'introduction ou l'augmentation d'un nouveau précompte sur la paie ?

Tout dépend quelle est la source de l'obligation : si c'est une source légale, elle s'applique.

Concernant la retraite et la prévoyance, (majoration des garanties en prévoyance ou introduction d'une mutuelle), elle peut résulter :
– d'un accord collectif ;
– d'un référendum ;
– d'une décision unilatérale de l'employeur (C.S.S. art. L. 911-1).

Seul un accord collectif ou un référendum permettent à l'employeur de rendre obligatoire le nouveau précompte. Il devra l'avoir déposer à la D.D.T.E.F.P. et en avoir informé les salariés concernés (art. R. 2262-2).

L'article 11 de la loi Evin du 31.12.1989, précise :
« *Aucun salarié employé dans une entreprise avant la mise en place à la suite d'une décision unilatérale de l'employeur d'un système de garanties collectives… ne peut être contraint à cotiser contre son gré à ce système* ».
Ceci signifie que l'employeur ne peut imposer une majoration du précompte qui diminuerait le salaire net, sans l'accord du salarié.
Dans ce cas-là, si un accord collectif ou un référendum ne peuvent être organisé, il y aura des « réfractaires ».
Ainsi une entreprise introduisant une mutuelle devra demander à chaque salarié présent s'ils souhaitent y adhérer ou être classé « réfractaire » à cette nouvelle couverture sociale.

SIXIÈME PARTIE

LE LICENCIEMENT DE PERSONNES BÉNÉFICIANT DE PROTECTIONS PARTICULIÈRES

XX

LE LICENCIEMENT D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ

VUE D'ENSEMBLE

Pour savoir quels sont les salariés protégés, se reporter au chap. X.

A. LES CAS D'APPLICATION DE LA « PROCÉDURE SPÉCIALE » DE LICENCIEMENT D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ

Licenciement pour motif non économique
Licenciement pour motif économique
Licenciement pour fin de chantier
Mise à la retraite de l'employeur
Modification de situation juridique de l'employeur
Procédure de redressement judiciaire
Mise au chômage technique total
Signature d'une transaction
Résiliation judiciaire au contrat

Toute convention par laquelle un salarié protégé renoncerait à se prévoir de la « procédure spéciale » serait entachée de nullité (Cass. Soc. 10.10.1984).
En pratique, le législateur a retiré à l'employeur le choix de rompre unilatéralement le contrat de travail d'un salarié protégé.

LA « PROCÉDURE SPÉCIALE » DE LICENCIEMENT D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ
Voir p. 202 pour le résumé et pages suivantes (B à W) pour plus de détail.

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LES CAS D'APPLICATION DE LA « PROCÉDURE SPÉCIALÉE » DE LICENCIEMENT D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ

La jurisprudence considère que la « procédure spéciale » doit être appliquée dans tous les cas où il y a :

- rupture du contrat de travail du fait de l'employeur (licenciement ou mise à la retraite) ;
- ou rupture conventionnelle d'un commun accord, (voir chap V).

Les conditions du licenciement d'un salarié protégé sont définies par le livre IV du Code du Travail concernant les salariés protégés et en particulier les articles L. 2411-1 et suivants.

- **Licenciement pour motif non économique.**
- Disciplinaire (chap. XII).
- Pour insuffisance ou inaptitude professionnelle (chap. XIII).
- Pour un salarié protégé en détention (Cass. soc. 19.12.1990).
- Pour inaptitude physique (chap. XV). Seule une inaptitude absolue au travail pourrait justifier du non-respect de la procédure spéciale (Cass. Crim. 20.11.1979 – 03.02.1981 – 31.01.1989).
- Pour refus du salarié d'accepter la modification unilatérale par l'employeur d'une clause substantielle de son contrat (chap. XIX).
- **Pour refus d'accepter la modification** unilatérale par l'employeur d'une clause non substantielle du contrat mais de nature à entraver l'exercice effectif du mandat (Cass. Soc. 15.10.1981).
- Pour refus de mutation malgré une clause de mobilité dans le contrat de travail (Cass. Soc. 28.01.1988 – Cass. Crim. 21.02. 1989 – Cass. Soc. 28.03.1989).
- **Licenciement pour motif économique**.

Motif économique pour suppression ou modification d'emploi. Transfert partiel d'établissement ou d'entreprise : le transfert d'un salarié protégé doit être soumis, 15 jours avant, à l'autorisation préalable de l'Inspecteur du Travail qui s'assure que la mesure n'est pas discriminatoire. Si l'autorisation est refusée, l'employeur doit proposer au salarié un emploi similaire ; en cas de refus du salarié une nouvelle demande d'autorisation pourra être adressée à l'Inspecteur du Travail, motivée par le refus de mutation (Circ. Min. 25.10.1983). Si le salarié adhère à une convention de conversion

(Cass. Soc. 04.04.1990), il a sept jours à partir de l'autorisation administrative (chap. XVII).

– **Licenciement pour fin de chantier** (chap. XVIII) (C.E. 25.03.1983).
– **Mise à la retraite par l'employeur.**

Une circulaire ministérielle du 23 mai 1996 impose le respect de la procédure spéciale.

– **Modification de la situation juridique de l'employeur.**
Le nouvel employeur doit respecter la procédure (Cass. Soc. 07.11.1989).

– **Procédure de redressement judiciaire** (Loi du 25.01.1985 art. 227)**.**
Y compris en cas de fermeture de l'entreprise entraînant le licenciement de la totalité des salariés (C.E. 28.05.1986).

– **Mise en chômage technique total.**
Si le salarié protégé la refuse, il bénéficie du licenciement et l'employeur devra respecter la « procédure spéciale » sous peine de nullité et de délit d'entrave (Cass. Soc. 15.02.1984 – 09.06.1988 – 12.12.1989). Le salarié protégé a droit au maintien de son salaire.

– **Signature d'une transaction** (chap. VI)**.**
Nul ne pouvant renoncer à un droit, en cas de proposition d'une convention transactionnelle, il convient de demander l'autorisation administrative avant la signature de la transaction (Cass. Soc. 12.10.1989).

– **Résiliation judiciaire du contrat** (chap. XXX)**.**
Toute action en résiliation judiciaire du contrat d'un salarié protégé est exclue, et le simple fait d'en intenter une est constitutif du délit d'entrave (Cass. Assemblée plénière du 28.01.1983).

– **Rupture conventionnelle.**
Elle est possible depuis fin 2008, mais il convient de demander l'autorisation de licenciement à l'Inspecteur du Travail (et non au Directeur Départemental du travail (D.D.T.E.F.P.) (voir chap V).

B. LA PRÉPARATION DU DOSSIER

Licenciement personnel : définir la ou les causes réelles et sérieuses, réunir les faits fautifs (preuves, dates, témoignages…) ;

Licenciement économique, bien respecter la procédure, penser à définir les critères, rechercher les reclassements etc. (voir chap. XVII).

C. MISE À PIED CONSERVATOIRE RÉMUNÉRÉE

Elle ne peut être décidée que dans le cas où l'employeur envisage un licenciement pour faute grave ou lourde (art. L. 1232-3), le temps pour l'employeur de respecter la procédure de licenciement (voir chap. XII).
En pratique, cette mise à pied n'est pas une sanction, c'est le temps nécessaire pour respecter la procédure.

Cette mise à pied conservatoire est forcément une mesure à durée indéterminée, notifiée en dans la lettre de convocation à entretien préalable, et en mentionnant bien *« Compte tenu de la gravité des faits qui vous sont reprochés, nous vous rappelons que vous êtes mis à pied à titre conservatoire, le temps de respecter la procédure, et dans l'attente de la décision de l'Inspecteur du Travail »*.

Si elle était à durée déterminée, les juges estimeraient qu'il s'agissait d'une mise à pied disciplinaire (Cass. Soc. 27.11.2007 n° 06-42.789).

Mais la procédure est beaucoup plus longue avec un salarié protégé, puisque l'Inspecteur du Travail doit procéder à son enquête contradictoire, ce qui prend souvent un mois !

Délégués syndicaux, salariés mandatés, conseillers prud'hommes, administrateurs de caisse de Sécurité sociale ou de mutuelles, représentants des salariés dans les chambres d'agriculture et conseillers du salarié (art. L. 2421-2) :

Art. L. 2421-1 : *« La demande d'autorisation de licenciement d'un délégué syndical, d'un salarié mandaté ou d'un conseiller du salarié est adressée à l'Inspecteur du Travail ;*
En cas de faute grave, l'employeur peut prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé dans l'attente de la décision définitive.
Cette décision est, sous peine de nullité, motivée et notifiée à l'Inspecteur du Travail dans le délai de 48 heures à compter de sa prise d'effet.
Si le licenciement est refusé, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit. »
La demande de licenciement doit être adressé à l'Inspecteur du Travail dans les 8 jours à compter de la mise à pied.

Autres salariés protégés
Il s'agit des élus, pour qui la procédure impose la consultation préalable du Comité d'entreprise avant la demande administrative à l'Inspecteur du Travail.

Le comité d'entreprise, (ou d'établissement), doit être saisi dans un délai maximum de 10 jours à compter de la date de mise à pied (art. 2421-14). *« … Lorsqu'il n'existe pas de Comité d'entreprise dans l'établissement, l'Inspecteur du Travail est saisi directement »* (art. L. 2421-3).
Et l'Inspecteur du Travail sollicité dans les 48 heures qui suivent la réunion du C.E.

En cas de mise à pied conservatoire, l'Inspecteur du Travail devrait se prononcer dans les 8 jours (art. R. 2421-11).

C'est, pour l'employeur, une accélération de la procédure de l'enquête administrative contradictoire.

La mise à pied conservatoire est un cas de suspension du contrat de travail du salarié, mais pas de son ou de ses mandats de délégué (Cass. Crim. 11.09.2007 n° 06-82.410 P).

Naturellement, les juristes savent qu'une mise à pied conservatoire peut ne pas être rémunérée si elle est suivie d'un licenciement pour faute grave ou lourde.
Mais dans une petite entreprise, sans juriste ou avocat pour mener une telle procédure, nous conseillons de la rémunérer, afin qu'il ne puisse y avoir confusion avec une mise à pied disciplinaire.

D. PAS DE MISE À PIED CONSERVATOIRE

Aucun délai outre la préparation du dossier et la convocation si ce n'est pour le licenciement disciplinaire, celui de deux mois après que l'employeur ait eu connaissance des faits fautifs.

E. CONVOCATION À UN ENTRETIEN PRÉALABLE

Préciser : l'objet de la convocation, la date, l'heure et le lieu du rendez-vous, la possibilité pour le salarié de se faire assister par un autre salarié de l'entreprise. En cas d'absence de représentant du Personnel (Comité, délégués du Personnel ou syndicaux), préciser également la possibilité pour le salarié de se faire assister à défaut d'un membre du Personnel, d'une personne étrangère à l'entreprise inscrite sur la liste dressée par le Préfet et donner l'adresse où cette liste peut être consultée (mairie, Inspection du Travail). Adresser cette lettre en recommandé avec A.R. ou la remettre contre décharge.

F. RESPECTER AVANT L'ENTRETIEN (EN JOURS OUVRABLES)

Ce délai est de 5 jours ouvrables minimum.

G. L'ENTRETIEN PRÉALABLE

Pour le licenciement non économique se reporter au chap. XI. Pour le licenciement économique se reporter au chap. XVII.

H. SALARIÉS PROTÉGÉS : MEMBRES DU COMITÉ D'ENTREPRISE (OU D'ÉTABLISSEMENT), DÉLÉGUÉS DU PERSONNEL (OU EX-REPRÉSENTANTS SYNDICAUX, SALARIÉS AYANT DEMANDÉ DES ÉLECTIONS DU C.H.S.C. T.), SALARIÉS MANDATÉS

L'avis du Comité d'Entreprise (ou d'Ètablissement) est requis pour les délégués du Personnel, les élus du C.H.S.C.T., les membres du Comité (délégués élus et représentants syndicaux), les anciens représentants du Personnel pendant six mois, les anciens candidats et les salariés ayant demandé des élections (pendant six mois pour les élections des délégués du Personnel, pendant trois mois pour les élections au Comité d'Entreprise).

I. L'ENTRETIEN PRÉALABLE

L'avis du Comité n'est pas requis pour les autres salariés protégés.

J. CONVOCATION DU COMITÉ D'ÉTABLISSEMENT OU D'ENTREPRISE

Le Comité d'Établissement à convoquer est celui auquel est rattaché le salarié protégé, et jamais le Comité Central d'Entreprise. Attention aux délais maximum : 7 jours maximum après une mise à pied afin que la réunion du comité ait bien lieu dans les 10 jours après celle-ci ; la loi ne fixe pas de délai s'il n'y a pas de mise à pied conservatoire, toutefois l'employeur qui prolongerait ces délais abusivement pourrait se voir condamner pour entrave à l'exercice des fonctions du délégué. Penser à convoquer également le salarié protégé.

K. DÉLAI MINIMUM DE TROIS JOURS

C'est le délai habituel de convocation d'un comité, qui est un délai minimum afin que le salarié protégé puisse préparer son audition.

L. RÉUNION DU COMITÉ DANS LES 15 JOURS

L'article R. 2421-9 précise que le « comité » doit se prononcer :
Article R. 2421-9 : *« L'avis du comité d'entreprise est exprimé au scrutin secret après audition de l'intéressé… »*.
La loi proscrit le vote à mains levées. Le Président du C.E. ne vote pas et le salarié protégé non plus. S'il est titulaire, c'est son suppléant qui vote. Les membres du C.C.E. comparaissent devant leur comité d'établissement.

M. DEMANDE D'AUTORISATION À L'INSPECTION DU TRAVAIL

L'Inspecteur du Travail compétent est celui dont dépend l'établissement où est employé le salarié protégé ; si le salarié ne dépend pas d'un établissement il convient de rechercher son rattachement administratif (C.E. 03.04.91. n° 92.950). En cas de mise à pied conservatoire :

- dans les cas du § H (délégués actuels...) dans les 48 heures après la réunion du Comité ;
- dans les cas du § I (autres salariés protégés) dans les 8 jours de la mise à pied.

En l'absence de mise à pied conservatoire :

- dans les cas du § H, dans les 15 jours suivant la réunion du Comité ;
- dans les cas du § I, aucun délai n'est prévu, mais il ne faut pas laisser s'éterniser la menace.

La demande est à adresser à l'Inspecteur du Travail dont relève l'établissement, en recommandé avec accusé de réception.

Recommandé avec A.R.
Lieu-Date
Monsieur l'Inspecteur du Travail
Section
Adresse
Monsieur l'Inspecteur,
Demande de licenciement d'un salarié protégé

– Identité du salarié protégé : nom, prénom, date de naissance, adresse, fonction, type du mandat depuis le...
– Exposé des motifs de la demande d'autorisation de licenciement.
– Rappel de la procédure suivie du § C, au § M.
– L'avis du Comité (le cas échéant) : joindre le Procès Verbal.

Les explications recueillies, notamment lors de l'entretien préalable du... ne nous ont pas permis de modifier notre appréciation des faits. En conséquence, nous sollicitons de votre part, en application des dispositions des articles L. 436.1 et R. 2421-10 du Code du Travail, l'autorisation administrative de licenciement de M.

Veuillez...

N. L'ENQUÊTE CONTRADICTOIRE DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

Cette enquête est indispensable. Son absence frapperait la décision de l'administration d'illégalité (C.E. 09.03.1983). Le salarié protégé peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat (art. R. 436.4 du C.T.). L'Inspecteur du Travail a un délai à partir de la réception de la demande : 8 jours en cas de mise à pied conservatoire ; 15 jours en l'absence de mise à pied (art. R.436.4 du C.T.). L'Inspecteur du Travail peut prolonger ce délai en prévenant les parties si les nécessités de l'enquête le justifient. Le défaut d'enquête contradictoire frappe la décision d'illégalité (C.E. 09.03.83 n° 40.052).

O. REFUS DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

Le refus doit être motivé par écrit sous peine d'être irrégulier. Il est adressé par lettre recommandée avec A.R. L'employeur ne peut donc pas licencier le salarié sous peine d'entrave. Il peut établir un recours gracieux auprès

de l'Inspecteur du Travail et/ou un recours hiérarchique auprès du Ministre. Le refus de l'Inspecteur du Travail doit marquer la fin de la mise à pied conservatoire rémunérée et la réintégration du salarié. L'absence de réponse de l'Inspecteur du Travail dans les délais ne vaut ni agrément, ni rejet. Les effets de la mise à pied doivent être annulés. Notons que le Conseil d'État a jugé le 22 février 1988 qu'au terme d'un délai de quatre mois, il faut considérer que c'est une décision implicite de rejet qui toutefois n'est pas motivée par écrit.

P. RECOURS HIÉRARCHIQUE DE L'EMPLOYEUR DEVANT LE MINISTRE DU TRAVAIL

L'article L. 2422-1 prévoit ce recours hiérarchique. Le délai pour présenter ce recours est de deux mois à compter de la notification du refus de l'Inspecteur du travail. En pratique le Ministre demande au Directeur Départemental du Travail et de l'Emploi de diligenter une enquête avec l'audition des parties. Le Ministre peut :

– confirmer le refus ;
– autoriser le licenciement ; annuler la décision de l'Inspecteur du Travail.

Dans ce cas, l'employeur doit reformuler une demande à l'Inspecteur du travail (cas très rares). La décision du Ministre n'a pas à être motivée, elle doit intervenir dans les quatre mois après la réception du recours. L'absence de réponse du Ministre dans les quatre mois vaut décision de rejet.

Q. RECOURS CONTENTIEUX DE L'EMPLOYEUR DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Il peut être introduit par l'employeur un recours contentieux devant la juridiction administrative pour excès de pouvoir. En première instance devant le Tribunal Administratif ; en appel devant la Cour d'Appel Administrative ; éventuellement devant le Conseil d'État (l'équivalent de la Cour de cassation pour la juridiction administrative). Le délai de recours est de deux mois après le refus.

R. AUTORISATION DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

Cette autorisation est notifiée à l'employeur et au salarié (ainsi qu'au syndicat pour les délégués et les représentants syndicaux). Elle doit être motivée

par écrit. Elle doit comporter les voies de recours et délais. L'autorisation ne peut être verbale ou tacite (absence de lettre).

S. LA NOTIFICATION DU LICENCIEMENT PAR L'EMPLOYEUR

Invoquer l'autorisation administrative et utiliser les modèles de notifications :
- licenciement non-économique (chapitre XI) ;
- licenciement pour motif économique (chapitre XVII).

L'autorisation administrative de licenciement délivré par l'Inspecteur du Travail, ne dispense pas l'employeur d'adresser une lettre de licenciement particulièrement motivée au salarié protégé. (Cass. Soc. 05.04.2005 n° 02-47.518).

T. RECOURS HIÉRARCHIQUE DU SALARIE AUPRES DU MINISTRE DU TRAVAIL

Le recours hiérarchique auprès du ministre du Travail peut être introduit dans les deux mois :
- par le salarié protégé lui même ;
- par le syndicat qu'il représente ;
- par le syndicat auquel il a donné mandat.

Le recours hiérarchique n'est pas suspensif, c'est-à-dire que l'employeur peut notifier le licenciement sans tenir compte du recours du salarié. Si le Ministre annulait la décision de l'employeur, le licenciement serait inopérant, le salarié devrait être réintégré. Le salarié aurait droit dans ce cas à l'indemnisation du préjudice subi au cours de la période comprise entre son licenciement et sa réintégration. Cette indemnisation est un rappel des salaires soumis à cotisations sociales et imposables pour le salarié.

U. RECOURS HIÉRARCHIQUE DE L'EMPLOYEUR DEVANT LE MINISTRE DU TRAVAIL

Le salarié, ou un syndicat, peut introduire un recours contentieux pour excès de pouvoir. Ce recours n'a pas non plus d'effet suspensif et l'employeur peut notifier le licenciement. Comme pour le recours hiérarchique (vu au § T ci-dessus), l'annulation du licenciement par les tribunaux administratifs ouvre droit à la réintégration du salarié et à son indemnisation.

V. RECOURS JUDICIAIRE DU SALARIÉ DEVANT LE CONSEIL DE PRUD'HOMMES

Comme pour les autres salariés, le salarié protégé peut citer l'employeur devant le Conseil de Prud'hommes pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le Conseil de Prud'hommes peut surseoir à statuer jusqu'à intervention d'une décision de la juridiction administrative (voir les § T et U ci-dessus).

W. LES TÉMOIGNAGES SUR L'HONNEUR

Pour faciliter la défense, tant de l'employeur que du salarié, il est utile de faire établir par les témoins un témoignage sur l'honneur par écrit manuscrit en joignant une pièce d'identité en photocopie.

Témoignage sur l'honneur

Je soussigné... (Nom, Prénom)
né le... à... demeurant... profession...

atteste sur l'honneur l'exactitude des faits ci-après, pour en avoir été le témoin direct *(relater les faits et le jour, l'heure, les preuves, etc.)*. Je délivre la présente attestation à... et je suis informé du fait que celui-ci pourra être amené à la produire en justice dans le procès l'opposant à... J'ai parfaitement connaissance de ce qu'une fausse déclaration de ma part m'engagerait à des sanctions pénales.

Fait à... le...   Signature

Pièce jointe : Photocopie d'une pièce d'identité

QUESTIONS / RÉPONSES

Un salarié non protégé, dont l'employeur connaît l'imminence de la candidature, bénéficie-t-il de la « procédure spéciale » ?

Oui, au titre de l'article L. 2411-10 du Code du Travail.

Après refus du licenciement par l'Administration, un employeur peut-il refuser la réintégration du salarié dans l'entreprise ?

– En pratique, non. Le défaut de réintégration est une voie de fait et le juge des référés peut prononcer une ordonnance de réintégration sous

astreinte (Cass. Soc. 02.06.1988 – 29.11.1979). De plus, il y a délit d'entrave. Le droit à rompre unilatéralement le contrat d'un salarié protégé a été retiré à l'employeur.

– La réintégration ne doit pas être que formelle.

Par exemple, un employeur qui avait continué à rémunérer le salarié sans le réintégrer physiquement dans l'entreprise fut condamné pour trouble illicite sous astreinte (Cass. Soc. 30.05.1979).

– La réintégration doit se faire dans le même poste de travail.
– La réintégration à un poste différent constituerait un délit d'entrave, sauf accord du salarié (Cass. Crim. 26.04.1988).
– L'attitude d'une majorité du personnel opposée à la réintégration ne peut permettre à l'employeur de s'y soustraire (Cass. Soc. 09.06.1988 – 07.07.1988 – 24.01.1989...).

La « procédure spéciale » s'applique-t-elle au contrat à durée déterminée ?

Oui. De plus, si le contrat avait prévu une clause de renouvellement, un mois avant l'échéance du terme, l'employeur devait saisir l'Inspecteur du Travail (art. L. 2412-4 du C.T.). En l'absence de renouvellement, un mois avant l'échéance du terme, il doit saisir l'Inspecteur du Travail qui devra se limiter à examiner si le non-renouvellement est ou non discriminatoire.

Quelle procédure suivre lorsqu'il y a cumul de mandats ?

Un salarié protégé est, à la fois, membre du comité et délégué syndical par exemple. Il y a cumul des mandats, il doit y avoir cumul des procédures. Le Comité doit être consulté dans le cas ci-dessus.

Que se passe-t-il si en cours de procès il y a eu modification Juridique de l'employeur?

Si le licenciement d'un salarié protégé est déclaré nul (même si ce licenciement avait été autorisé par l'Inspecteur du Travail), le contrat de travail du salarié licencié dans ces conditions par le premier employeur se trouve transféré au successeur par application de l'article L. 1224-1 du Code du Travail (Cass. Soc. 26.09.90 – 10.10.1990). En pratique :

a. le licenciement nul est censé n'avoir jamais existé ;
b. le contrat de travail est censé n'avoir jamais été rompu ;
c. donc, ce contrat a été transféré au nouvel employeur au sens de l'article L.1224-1 du Code du Travail.

Un salarié protégé non français n'ayant pas eu le renouvellement de son titre de travail bénéficie-t-il de la « procédure spéciale » ?

Non, c'est un cas de force majeure (Cass. Soc. 04.07.1978 – 10.10.1990).

En revanche, si l'employeur avait une responsabilité dans le non-renouvellement (exemple, refus de signer une attestation demandée), il ne pourrait alors invoquer la force majeure (Voir chap. XXVII).

Un salarié protégé peut-il être « mis à la retraite» (cf. chapitre IV) ?

Certainement, s'il en remplit les conditions (voir chapitre IV), mais après l'accord de l'Inspecteur du Travail (Cass. Soc. 06.05.98 n° 96-40.205).

Un salarié mandaté par un syndicat pour négocier un accord doit-il comparaître devant le C.E. ?

Non, comme les Délégués Syndicaux, il n'y a pas à convoquer le C.E. (loi Aubry II du 29.01.2000 et Circ. minis. D.R.T. n° 3 du 01.03.2000).

Un salarié protégé peut-il donner sa démission ou rompre son contrat de travail librement ?

– Il peut librement démissionner de son ou de ses mandats, mais il reste salarié protégé entre 6 et 12 mois selon les cas (voir chap. X-A), et ceci n'entraîne pas la démission de l'entreprise ;
– Il peut librement démissionner de sa société, au même titre et dans les mêmes conditions que les autres salariés ;
– Il peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail pour faute de l'employeur (Cass. Soc. 13.07.2004, R.J.S. 10/04 n° 1063).

Comme pour les autres salariés, si les Prud'hommes considèrent que les torts de l'employeur sont établis et suffisamment graves pour avoir justifié la rupture, celle-ci s'analysera comme un licenciement nul (Cass. Soc. 21.01.2003, R.J.S. 3/03 n° 367). Mais en aucun cas, le salarié protégé ne peut négocier son départ.avec son employeur (Cass. Soc. 06.01.2004, R.J.S. 4/04 n° 434).(chap. VI)

Quelle conséquence a la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par un salarié protégé?

Si un salarié Protégé, titulaire d'un mandat représentatif prend acte de la rupture de son contrat de travail, avec une motivation explicite des faits reprochés à son employeur, cette rupture, comme pour les autres salariés, produit :

– soit les effets d'une simple démission ;
– soit ceux d'un véritable licenciement si les motifs invoqués persuadent les juges des fautes de l'employeur. Et les faits reprochés dans la lettre de prise d'acte de la rupture ne fixent pas les limites du litige, le salarié pourra toujours invoquer postérieurement d'autres manquements de son employeur.

Mais dans ce dernier cas, le licenciement sera déclaré nul pour violation du statut protecteur. Avec pour conséquences les sanctions d'un licenciement sans autorisation préalable ouvrant droit au salarié qui ne demande pas sa réintégration, à :

– une indemnité égale aux salaires qu'il a perdus depuis la date de la rupture de son contrat de travail jusqu'à la fin de la période de protection restant à courir au jour de la rupture ;
– son indemnité conventionnelle de licenciement ;
– son préavis conventionnel ;
– ses droits à congés payés et R.T.T. ;
– l'indemnité de rupture pour licenciement abusif au moins égale à 6 mois de salaires... (Cass. Soc. 05.07.2006 n° 04-410.134 P + B).

Un salarié non protégé, dont l'employeur connaît l'imminence de la candidature, bénéficie-t-il de la « procédure spéciale » ?

Oui, au titre de l'article L. 2411-7, les candidats non élus sont protégés pendant les 6 mois suivant leur candidature, et dès lors que *« l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature avant que le candidat ait été convoqué à l'entretien préalable au licenciement »*.

Un salarié protégé peut-il donner sa démission ou rompre son contrat de travail librement ?

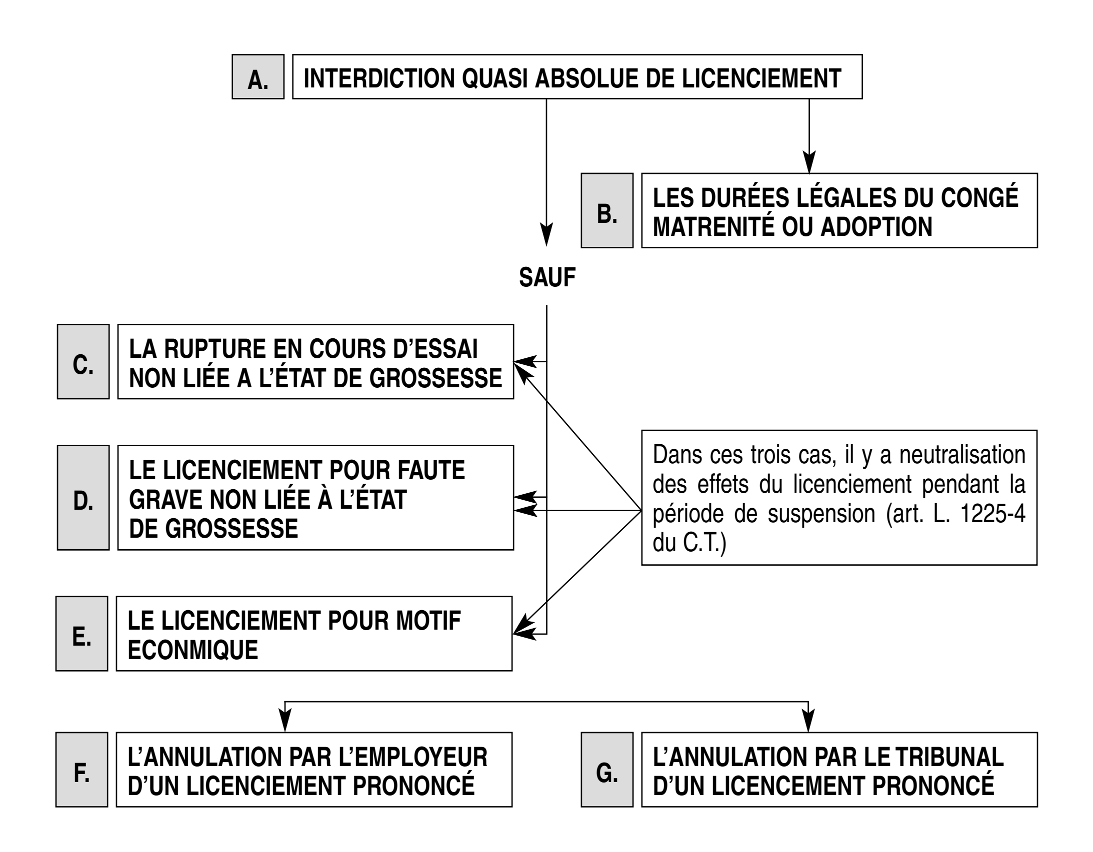
– Il peut librement démissionner de son ou de ses mandats, mais il reste salarié protégé entre 6 et 12 mois selon les cas (voir chap. X-A), et ceci n'entraîne pas la démission de l'entreprise ;
– Il peut librement démissionner de sa société, au même titre et dans les mêmes conditions que les autres salariés ;
– Il peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail pour faute de l'employeur (Cass. Soc. 13.07.2004, R.J.S. 10/04 n° 1063). Comme pour les autres salariés, si les Prud'hommes considèrent que les torts de l'employeur sont établis et suffisamment graves pour avoir justifié la rupture, celle-ci s'analysera comme un licenciement nul (Cass. Soc. 21.01.2003, R.J.S. 3/03 n° 367).

Mais en aucun cas, le salarié protégé ne peut négocier son départ avec son employeur (Cass. Soc. 06.01.2004, R.J.S. 4/04 n °434) (chap. VI), sauf pour une rupture conventionnelle (chap. V).

XXI

LE LICENCIEMENT D’UNE SALARIÉE ENCEINTE OU EN CONGÉ MATERNITÉ ET LE LICENCIEMENT DU PARENT ADOPTIF

VUE D’ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. L'INTERDICTION QUASI ABSOLUE DE LICENCIEMENT

L'employeur n'a pas le droit de licencier la salariée (art. L. 1225-1 et suivants) :

– lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constatée ;
– pendant la durée du congé maternité auquel elle a droit, qu'elle use ou non de ce droit ;
– pendant les 4 semaines qui suivent l'expiration de ces périodes, dite période postnatale.

Cette interdiction de licencier s'étend aussi au père lorsqu'il prend le congé post-natal pour cause de décès de la maman (art. 1225-28).
Elle s'étend aussi à l'adoption pendant les 15 jours avant l'arrivée de l'enfant au foyer et pendant la période de suspension du contrat auquel le salarié peut prétendre

L'article 1225-1 précise :
« L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme :

– *pour refuser de l'embaucher,*
– *pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai,*
– *ou, sous réserve d'une affectation temporaire dans le cadre des articles L. 1225-7, 1225-9 et 1225-12, pour prononcer une mutation d'emploi.*

Il est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée ».

– L. 1225-7 : affectation temporaire dans un emploi plus adapté à un état de grossesse.
– L. 1225-9 : affectation temporaire d'une femme enceinte travaillant de nuit, dans un poste de jour.
– L. 1225-12 : affectation temporaire dans un emploi adapté aux femmes enceintes exerçant des métiers à risques.

L'article L.1225-2 précise même : *« La femme candidate à un emploi ou salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte ».*

D'ailleurs, cette protection quasi absolue justifie la procédure des référés en cas de licenciement pendant la période de protection (Cass. Soc. 16.07.1997).

L'article L. 1252-3 : *« Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1225-1 et 2, l'employeur communique au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision.*

Si un doute subsiste, il profite à la salariée enceinte ».

L'article L. 1225-4 détaille la protection : *« Aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée :*
- *lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté,*
- *et pendant l'intégralité des périodes de suspension auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit,*
- *ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes.*

Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat de travail s'il justifie :
- *d'une faute grave, non liée à l'état de grossesse,*
- *ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement.*

Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa.

L'article L 1225-5 précise : *« Le licenciement d'une salariée est annulé lorsque, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, l'intéressée envoie à son employeur, dans des conditions déterminées par voie réglementaire, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte.*
Ces dispositions ne s'appliquent pas :
- *lorsque le licenciement est prononcé pour une faute grave non liée à l'état de grossesse ;*
- *ou par impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement ».*

En effet, dans l'essentiel des cas, l'employeur n'est pas informé de l'état de grossesse de la salariée. Il ne commet donc pas de faute en engageant une procédure de licenciement.
La salariée doit lui adresser un certificat médical de grossesse dans les 15 jours par lettre R.A.R. (art. R. 1225-2).

L'employeur doit alors annuler le licenciement (Cass. Soc. 07.04.2004 n° 02-40.333 P + B ou 07.11.2006 n° 05-42.413).
Mais il doit faire vite. Dans un récent arrêt, l'employeur avait été avisé de l'état de grossesse le 20 octobre, et n'avait annulé le licenciement que le 11 janvier. Trop tard confirme la Cour de cassation, la salariée peut refuser sa réintégration et la salariée doit alors être indemnisée, (Cass. Soc. 09.07.2008 n° 07-41.927 P + B).

L'article L. 1225-6 tempère pour les C.D.D. : *« Les dispositions des articles L.1225 4 et 5 ne font pas obstacle à l'échéance du terme du contrat de travail à durée déterminée ».*

Bref, il est interdit de prendre en compte l'état de grossesse d'une femme pour résilier son contrat de travail au cours de sa période d'essai.
L'employeur mettant fin à une période d'essai pendant une grossesse, pour un tout autre motif, a tout intérêt à légitimer par écrit les motifs étrangers à la grossesse, car en cas de procès, il lui appartiendrait de justifier qu'il n'y a pas eu discrimination sur l'état de grossesse dans sa décision (art. L. 1225-5).

Cette protection s'étend au solde du congé de maternité que la mère a pu reporter lorsque l'enfant est resté hospitalisé jusqu'à la fin de la 6ème semaine suivant l'accouchement.

En pratique, un licenciement, ne peut être signifié ou prendre effet :
– en cas d'adoption : pendant les 15 jours qui précèdent l'arrivée de l'enfant et pendant la durée de la suspension de son contrat de travail à laquelle il peut prétendre (art. L. 1225-17), cette période étant prolongée des 4 semaines post-natales.
– le conjoint salarié peut bénéficier de ce congé-adoption si la mère y a renoncé, il bénéficie alors de la même protection.
– en cas de maternité : de la date à laquelle la salariée a transmis à l'employeur un certificat médical attestant, soit de la date effective de son accouchement, soit de son état de grossesse et la date présumée de l'accouchement, cette période étant prolongée des 4 semaines post natales.

La nullité du licenciement implique que l'employeur soit condamné au paiement des salaires et des congés payés y afférents pendant toute la période de nullité, et peu importe si l'intéressée a perçu d'autres revenus de remplacement pendant sa grossesse-maternité.

Par contre, la rupture du contrat en cours de période d'essai est possible, même si la salariée avait adressé dans les 15 jours un certificat de grossesse (Cass. Soc. 21.12.2006 n° 05-44.806 P + B).

Mais si la salariée pouvait prouver que l'employeur avait appris son état de grossesse, (par « radio-atelier » ou « radio-moquette », par exemple), et que le vrai prétexte de sa rupture d'essai était sa grossesse, cette rupture serait nulle.

B. LES DURÉES LÉGALES DU CONGÉ DE MATERNITÉ OU ADOPTION

Tableau récapitulatif des durées légales du congé de maternité

Situation	Maternité			Adoption
	Période prénatale	Période postnatale	Total[b]	
Naissance du 1er enfant et du 2e. Si état pathologique[c]	6 semaines 10 semaines	10 semaines 10 semaines	16 semaines 18 semaines	10 semaines
Naissance du 3e enfant et plus. Si état pathologique[c]	8 semaines[d] 10 semaines	18 semaines[d] 16 semaines	26 semaines 26 semaines	18 semaines
Naissances multiples : • Jumeaux. Si état pathologique. • Triplés et plus. Si état pathologique.	 12 semaines[e] 16 semaines[e] 24 semaines[e] 26 semaines[e]	 22 semaines[e] 18 semaines[e] 22 semaines[e] 20 semaines[e]	 34 semaines[e] 34 semaines[e] 46 semaines[e] 46 semaines[e]	 22 semaines[e] 2 semaines[e]

a. Interdiction absolues, dans tous les cas, de travailler pendant8 semaines, dont 6 semaines post-natales.
b. En cas d'accouchement pérmaturé, le congé post-natal est prolongé dans la limite du total prévu (16, 26, 34 ou 46 semaines).
c. Il s'agit d'un « état pathologique » attesté par certificat médical comme résultat de la grossesse.
d. La mère eput anticiper, dans la limite de 2 semaines, le point de départ du congé pré-natal et le congé post-natal est réduit d'autant.
e. La mère peut anticiper, dans la limite de 4 semaines, le point de départ du congé pré-natal. Le congé post-natal est alors réduit d'autant.

Enfant hospitalisé : si enfant hospitalisé jusqu'à l'expiration de la 6e semaine après l'accouchement, possibilité de report de tout ou paryie du congé maternité après la fin de l'hospitalisation.



C. LA RUPTURE EN COURS D'ESSAI NON LIÉE À L'ÉTAT DE GROSSESSE

Un employeur ne peut mettre fin à une période d'essai d'une salariée en état de grossesse, que pour une cause totalement étrangère à son état de grossesse (art. 1225-1 ci-dessus).

Une rupture du contrat en cours d'essai d'une femme enceinte est interdite, si elle est motivée par l'état de grossesse, un licenciement serait annulé et

dans ce cas l'employeur se verrait condamné à des dommages et intérêts conséquents.

Toutefois, dans la pratique, les juges vérifieront si la cause est vraiment totalement étrangère à la grossesse, car selon l'article L. 1225-1, il est interdit de prendre en considération l'état de grossesse de la femme pour interrompre la période d'essai. La preuve revient à l'employeur.

Une telle rupture devra être motivée très sérieusement, par l'insuffisance professionnelle prouvée par exemple (Cass. Soc. 02.02.1983, 08.11.1983, confirmées depuis, par exemple 26.12.2006 n° 05-44.806).

D. LE LICENCIEMENT POUR FAUTE GRAVE NON LIÉE À L'ÉTAT DE GROSSESSE

Juridiquement, aucun licenciement, même pour faute grave ou lourde ou pour motif économique ne peut prendre effet ou être signifié pendant la période des quinze jours précédant la date présumée de l'accouchement jusqu'à la fin du congé maternité où le contrat peut être suspendu, que la mère le prenne intégralement ou partiellement.

C'est la période « super protégée », en cas de non-respect, non seulement le licenciement serait annulé, mais en plus la salariée bénéficierait de dommages et intérêts (Cass. Soc. 10.05.1995, R.J.S. 6/95 n° 641).

L'employeur peut simplement engager la procédure pendant cette période, mais ne peut notifier le licenciement (Cass. Soc. 19.05.1990, R.J.S. 7/90 n° 580).

A contrario, ceci veut dire qu'une salariée pourrait être licenciée pour faute grave ou lourde avant ou après cette période.

En pratique, les juges sont si réticents sur les licenciements d'une femme enceinte, que nous ne pouvons que conseiller aux employeurs d'être très prudent. En effet, sont tellement nombreux – et parfois savoureux – le nombre d'arrêts de la Cour de cassation qui en cas de licenciement pour faute grave condamnent l'employeur au motif « qu'en début de grossesse, il y a une nervosité accrue expliquant certains débordements » ou « qu'il ne s'agit que d'un petit retard bien excusable pour justifier de son absence dans ces phases d'inquiétude » ou « que la fatigue et l'émotivité anormale peuvent expliquer un comportement certes critiquable, mais que la salariée n'aurait certainement pas eu en temps normal », « que

des erreurs minimes de caisse pouvaient s'expliquer par la nervosité due à l'état de grossesse » (Cass. Soc. 13.07.1988), « qu'il ne s'agissait que d'une absence injustifiée de quinze jours d'une salariée dont l'employeur connaissait l'état de grossesse » (Cass.Soc. 19.12.1990)...
Certes, nous trouvons des arrêts de cassation admettant la faute grave (Cass. Soc. 13.12.2006) pour des propos particulièrement injurieux et odieux), (17.12.1984 pour une absence totalement injustifiée), (12.06.1986 pour un refus de reprendre son poste après mise en demeure), (13.11.1986 pour une atteinte grave à la probité). Nous relevons que ces arrêts sont anciens, ce qui illustre bien nos conseils de prudence.

En fait il y a dans ces cas-là comme un retournement de la preuve, et l'employeur doit prouver que les faits reprochés sont totalement étrangers à l'état de grossesse.

E. LE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

La même prudence s'impose, mais il est plus facilement admis un licenciement, hors période de protection absolue, d'une salariée enceinte, si son poste est réellement supprimé (Cass. Soc. 17.12.1980) ou que l'application des critères de licenciement désigne.

En tout état de cause, l'employeur devra justifier que ce licenciement économique est totalement et complètement étranger à l'état de grossesse, et qu'il ne peut absolument pas attendre le retour de la salariée ! Il doit s'attendre s'attendre à un scepticisme des juges dont il ne peut imaginer l'intensité.

Pendant l'état de grossesse, l'employeur peut engager la procédure de licenciement économique, convoquer la salariée à un entretien préalable, proposer une convention de conversion, mais la loi s'oppose à la prise d'effet ou à la notification du licenciement (Cass. Soc. 12.07.1994). Si la salariée ne se présentait pas à l'entretien préalable, l'employeur devrait lui adresser par lettre R.A.R. la proposition de convention de conversion (même arrêt).

F. L'ANNULATION PAR L'EMPLOYEUR D'UN LICENCIEMENT PRONONCÉ

Comme la grossesse trouve rarement son origine chez le hiérarchique, il se peut que l'entreprise ait notifié un licenciement sans savoir que la salariée

était enceinte. Il se peut aussi que la salariée n'ait pas prévenue son employeur de l'imminence de l'arrivée à son foyer dans les quinze jours d'un enfant adopté.

Dans ce cas, la salariée a un délai de quinze jours pour adresser à son employeur un certificat de grossesse par lettre R.A.R. ou une preuve de l'arrivée imminente d'un enfant adopté.

Les dates qui comptent sont la date de première présentation par l'employeur ou La Poste de la lettre de licenciement, et la date d'envoi ou de remise du certificat médical par la salariée.

L'employeur doit alors confirmer par écrit l'annulation de plein droit du licenciement et inviter, le cas échéant la salariée à reprendre son travail en cas de préavis non effectué.
L'employeur peut simplement suspendre le préavis qui ne prendrait effet qu'à l'issue de la période de protection (Cass. Soc. 07.04.2004, R.J.S. 6/04 n° 685).

G. L'ANNULATION PAR LE TRIBUNAL D'UN LICENCIEMENT PRONONCÉ

Pendant toute la durée de la suspension du contrat de travail à laquelle la salariée (ou le salarié le cas échéant) a droit, le licenciement est impossible, car il serait déclaré nul.

Le licenciement intervenu pendant la période de protection caractérise un trouble manifestement illicite justifiant l'intervention du juge des référés (Cass. soc. 16.07.1997).

Il convient de se situer à la date de la notification et non pendant la procédure avant ou après l'entretien préalable.

Le licenciement d'une femme enceinte ouvre droit à réintégration, en effet, depuis un arrêt 00-44.81), du 30.04.2003 la Cour de cassation accorde un droit à réintégration à la femme enceinte victime d'un licenciement injustifié, qui la demande.
Jusqu'à cet arrêt, le licenciement était nul, mais n'ouvrait pas droit à réintégration.

Jusqu'à cet arrêt, le licenciement était nul, mais n'ouvrait pas droit à réintégration, car l'article L. 122-30 du C.T. stipule : « L'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L.122-25 à L.122-28-7 peut donner lieu à l'attribution de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire, en sus de l'indemnité de licenciement ».

En outre... le licenciement est nul, l'employeur est tenu de verser le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité ».

Cet article ne prévoit pas la réintégration, mais le paiement des salaires et des dommages et intérêts en fonction du préjudice subi par la salariée, qui ne sont pas fondés sur l'absence de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 27.04.1989).

Si l'employeur en annulant le licenciement proposait vite la réintégration, et que la salariée la refusait, la rupture serait alors imputable à la salariée (Cass. Soc. 08.03.1984 n° 81-42.140). Par contre, la salariée n'est pas tenue d'accepter une proposition de réintégration tardivement proposée (Cass. Soc. 07.07.1988 n° 86-45.256). Et peu importe le fait que la salariée ait repris un nouvel emploi, elle a droit au paiement des salaires bruts qui auraient été perçus pendant toute la période de nullité (Cass. Soc. 16.07.1987 n° 84-45.052). De plus, les indemnités journalières versées par la Sécurité sociale ne peuvent être déduites par l'employeur des salaires versés à titre de sanction de la nullité du licenciement (Cass. Soc. 10.04.1991).

Outre cette sanction civile, s'ajoute le risque pénal de 5ème classe (1 500 €).

Cette protection de la grossesse-maternité est très importante et se renforce, car chacun comprendra bien que l'État veut favoriser la natalité.

QUESTIONS / RÉPONSES

Une salariée qui ferait connaître son état de grossesse après le délai légal de quinze jours verrait-elle son licenciement annulé ?

Non, ce délai (voir § F) est un délai préfixé par la loi ; la salariée qui n'informerait pas son employeur de son état de grossesse dans les quinze jours perdrait le droit de s'en prévaloir pour faire annuler son licenciement.

Une salariée qui n'aurait pas envoyé dans les quinze jours de son licenciement son certificat de grossesse mais pouvant apporter la preuve que son employeur connaissait son état perdrait-elle ses droits ?

Non, juge la Cour de cassation, si l'intéressée peut apporter la preuve que son employeur connaissait son état de grossesse, l'envoi du certificat n'est pas une obligation absolue : dans un arrêt du 20.06.95 (R.J.S. 8/95 n° 880), l'employeur s'est vu condamner.

Un employeur, avisé de l'état de grossesse d'une salariée, annule son licenciement et l'invite à reprendre son travail. La salariée doit-elle le faire ?

Si son état de santé le lui permet, elle a intérêt à reprendre son travail immédiatement, car sinon elle prendrait l'initiative de la rupture.
L'employeur pourrait la licencier pour faute grave.

Un employeur peut-il licencier une salariée après une interruptlon de grossesse ?

Non, pas pour le motif d'une interruption de grossesse.
En l'espèce, la salariée qui avait pratiqué une interruption volontaire de grossesse s'était vu licencier pour ce motif. L'employeur a été condamné, car l'I.V.G. est autorisée par la loi.

Oui, pour un autre motif, car l'interruption de grossesse ne peut être assimilée à un accouchement. La période couverte par la protection prend fin à cette date (C. app. d'Aix 12.01.1988, Cass. soc. 27.09.1989, n° 86-44.816).

Une salariée enceinte peut-elle demander à son employeur l'annulation de son licenciement plus de 15 jours après la notification de celui-ci ?

Elle peut le demander, mais l'employeur est en droit de refuser cette annulation (Cass. Soc. 17.06.1971). Les mêmes règles s'appliquent pour une mère adoptive.

Une salariée en arrêt maternité, puis en congé parental a-t-elle le droit aux congés payés ?

Elle acquiert ses 2,5 jours par mois pendant toute la durée de son arrêt maternité. Elle n'acquiert aucun droit pendant son congé parental à temps plein. Mais si elle n'a pas liquidé ses droits à congés payés à l'issue de son congé maternité, n'ayant pas pu les prendre, puisque absente, elle perd ses droits.

En effet, selon une jurisprudence constante, la Cour de cassation estime que le salarié qui n'a pu prendre ses congés payés, sauf dispositions conventionnelles différentes, ne peut prétendre à une indemnité compensatrice de congés (Cass. Soc. 06.10.2004, R.J.S. 2/05 n° 166 ou 20.05.1998, R.J.S. 7/98 n° 873).

Comment écrire une lettre de demande d'annulation d'un licenciement ?

Nom, Prénom
Adresse

Destinataire
Adresse

Lettre R.A.R.

Monsieur le Directeur,

M'a été notifié mon licenciement, par lettre datée du….

Je me permets de vous demander l'annulation de cette mesure en application des articles L. 1225-1 et suivants concernant la protection de la grossesse-maternité et l'"adoption.

Vous trouverez joint(s) :
– Le certificat médical justifiant de mon état de grossesse ;
– *(ou le cas échéant : « l'attestation justifiant de l'arrivée dans mon foyer d'un enfant adopté).*

(En cas de dispense de préavis : je me tiens à votre disposition pour réintégrer mon emploi dès l'annulation de mon licenciement et sur vos instructions).

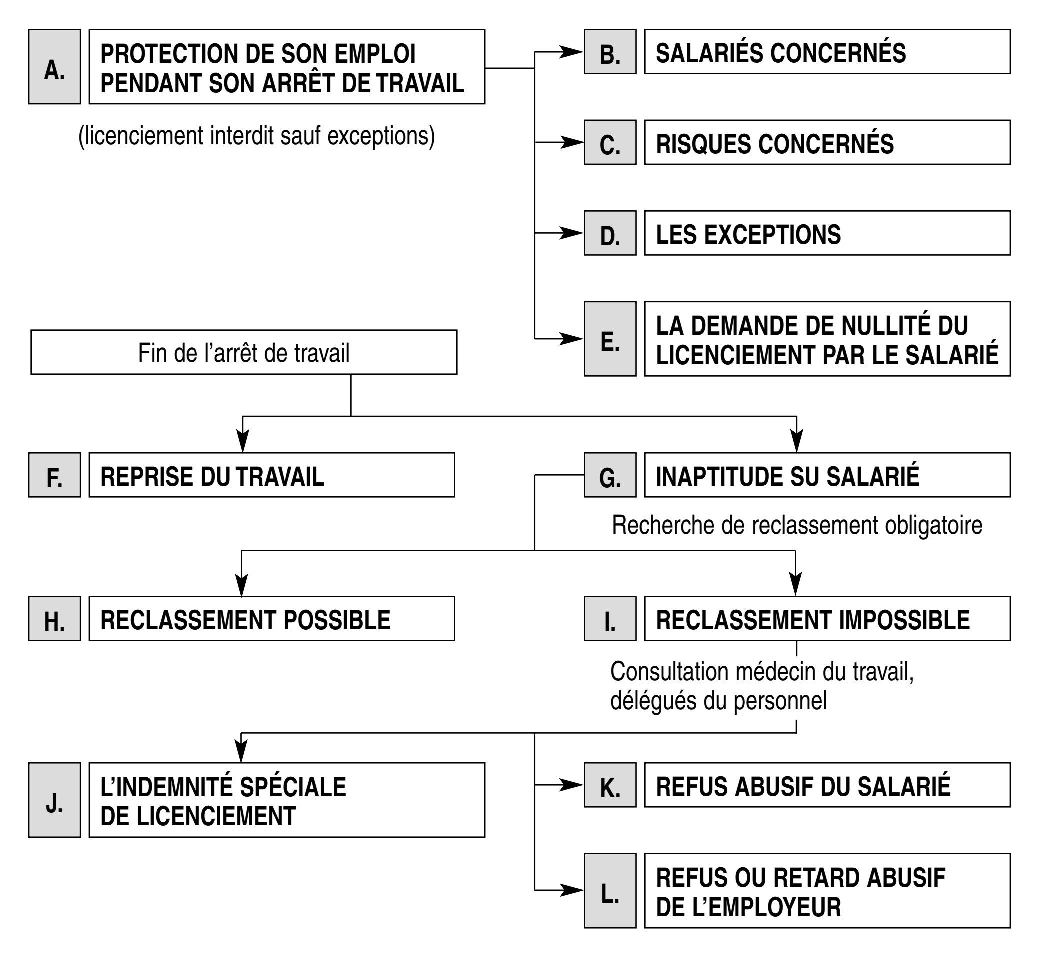
Veuillez …

Fait à .... le ....

XXII

LE LICENCIEMENT D'UN SALARIÉ VICTIME D'UN ACCIDENT DU TRAVAIL OU D'UNE MALADIE PROFESSIONNELLE

VUE D'ENSEMBLE



Attention : s'il s'agit d'un salarié protégé, il y a cumul des procédures (Voir chap. XX).

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. PROTECTION DE SON EMPLOI PENDANT L'ARRÊT DE TRAVAIL (ART. L. 1226-6 ET SUIVANTS)

Comme pour la grossesse-maternité, une protection toute particulière est accordée au salarié victime d'un accident du travail, (ou d'une maladie professionnelle), contracté chez l'employeur au service duquel il travaillait lors de l'accident.

En cas d'arrêt de travail consécutif à un accident de travail (A.T.) ou d'une maladie professionnelle, le contrat de travail du salarié est suspendu dans les mêmes conditions qu'un arrêt sans origine professionnelle.

L'article L. 1226-7 précise le principe : *« Le contrat de travail du salarié victime d'un accident de travail, autre qu'un accident de trajet, ou d'une maladie professionnelle, est suspendu pendant la durée de l'arrêt de travail provoqué par l'accident ou la maladie.*
Le contrat de travail est également suspendu pendant le délai d'attente et la durée du stage de rééducation ou de formation professionnelle que doit suivre l'intéressé, conformément à l'avis de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnées à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles. Le salarié bénéficie d'une priorité en matière d'accès aux actions de formation professionnelle.
La durée de la période de suspension est prise en compte pour la détermination de tous les avantages légaux et conventionnels liés à l'ancienneté dans l'entreprise ».

Le maintien de sa rémunération est défini par la convention collective ou l'accord ou l'usage de l'entreprise, et le plus souvent le maintien de salaire est plus favorable en cas d'arrêt pour A.T.
Mais la grande différence est que son contrat ne peut être rompu pendant son absence, et qu'à l'issue de celle-ci, il doit être réintégré dans son emploi ou dans un emploi similaire, aux mêmes conditions de rémunération. Ceci s'applique dans toutes les entreprises ou associations relevant du Code du Travail, quelles que soient leur taille.

Le salarié qui, après un arrêt de travail consécutif à un accident du travail, retourne à son poste sans avoir passé la visite médicale de reprise, subit nécessairement un préjudice (Cass. Soc. 13.12.2006 n° 05-44.580 P + B). Les juges estiment que l'employeur qui a laissé son salarié reprendre son travail avant cette visite manque à son obligation de sécurité.

À l'inverse, le refus réitéré d'un salarié victime d'un accident du travail, de se présenter à l'examen médical du médecin du travail, est constitutif d'une faute grave (Cass. Soc. 29.11.2006 n° 04-47.302 P + B)
En cas d'arrêt de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle, le salarié a droit à ses congés annuels. Avant cet arrêt (Cass. Soc. 27.09.2007 n° 05-42.293 P + B), nous pensions que le salarié, absent pour l'un de ces deux motifs, n'avaient pas droit à ses congés payés. Depuis, il y a droit à son retour, lors de sa reprise de travail. Si l'employeur s'y refusait, il devrait des dommages et intérêts.

L'article L. 1225-9 précise les exceptions : *« Au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie :*

- *soit d'une faute grave de l'intéressé ;*
- *soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie ».*

Cet article interdit le licenciement, mais pas d'engager la procédure de licenciement pendant la période de suspension (Cass. Soc. 17.01.1996 ou 13.02.1996, R.J.S. 4/96 n° 395).

Par contre le licenciement pendant la période de suspension entraîne la nullité de cette rupture, même dans le cas elle où elle serait intervenue après la suspension (Cass. Soc. 05.06.1996, R.J.S. 9/96 n° 915).

La nullité s'applique même en cours d'essai, en raison de l'origine professionnelle (Cass. Soc. 12.05.2004, R.J.S. 7/04 n° 808).

La rupture amiable ou la rupture conventionnelle sont prohibées pendant la période de suspension (Cass. Soc. 04.01.2000, R.J.S. 2/00 n° 168).

La mise à la retraite est prohibée durant cette période (C.A. Paris 29.04.1993, R.J.S. 7/93 n° 738).

B. SALARIÉS CONCERNÉS

Tous les salariés sont concernés, sans condition d'ancienneté :

- les C.D.I., les C.D.D., les temps partiels, les contrats d'alternance, les contrats d'insertion ou de réinsertion, et tous les autres types de contrat de travail ;
- quelles que soient les modifications juridiques intervenues chez l'employeur (ex article L. 122-12), soit le nouvel article L. 1224-1 ;
- y compris les V.R.P., les télétravailleurs et les travailleurs à domicile.

Un employeur ne peut refuser le renouvellement d'un C.D.D. victime d'un accident du travail, si le contrat initial avait prévu une clause de renouvellement.

C. RISQUES CONCERNÉS

Exclusivement les risques contractés chez l'employeur actuel :

– **accident du travail,** au sens de la législation de la Sécurité sociale.

Sont donc exclus les accidents dont le caractère professionnel n'aura pas été reconnu et qui auront été idemnisés au titre de l'assurance maladie.
Maladie professionnelle inscrit à l'article R. 461.3 du Code de la Sécurité sociale (et donc non indemnisée au titre de l'assurance maladie).

Sont également exclus les maladies ou accidents survenus chez un autre employeur ; sont exclus les accidents de trajet (Cass. Soc. 23.06.1986). L'interdiction s'applique aux **rechutes** d'accidents survenus chez l'employeur actuel.

D. LES EXCEPTIONS

Faute grave du salarié :

– due à un comportement antérieur à l'arrêt de travail (détournement de fonds par exemple) ;
– due à des faits fautifs ayant causé l'accident (manquement grave à une règle de sécurité) ;
– commise pendant la suspension du contrat (concurrence déloyale, travail « au noir »...) ;
– motif étranger à l'accident du travail ou à la maladie professionnelle et rendant impossible le maintien du contrat de travail apprécié à la date de la rupture (Cass. Soc. 25.05.93).

Par exemple : licenciement pour motif économique avec suppression du poste ;

– licenciement pour fin de chantier (Cass. Soc. 05.04. 990) (chap. XVIII) ;
– par transaction (chap. VI) il peut être mis fin aux relations contractuelles (Cass. Soc. 17.02.1988).

E. LA DEMANDE DE NULLITÉ DU LICENCIEMENT PAR LE SALARIÉ

Tout licenciement prononcé hors les cas d'exception visés ci-dessus est nul. L'employeur qui aurait ignoré cette disposition aurait intérêt à s'excuser et annuler le licenciement.

Demande du salarié à son employeur

Le salarié écrira à son employeur, en lettre R.A.R., pour demander l'annulation de son licenciement.

> *Nom, Prénom*
> *Adresse*
>
> *Destinataire*
> *Adresse*
>
> *Lettre R.A.R.*
>
> Monsieur le Directeur,
>
> M'a été notifié mon licenciement, par lettre datée du….
>
> Je me permets de vous demander l'annulation de cette mesure en application des articles L. 1226-6 et suivants concernant la protection des accidentés du travail ou des victimes d'une maladie professionnelle.
>
> Vous trouverez jointe la reconnaissance par la Sécurité sociale du caractère accident du travail, *(ou maladie professionnelle)*, de mon arrêt.
>
> (En cas de dispense de préavis : je me tiens à votre disposition pour réintégrer mon emploi dès l'annulation de mon licenciement et sur vos instructions).
>
> Veuillez ...
>
> Fait à……….. le……….

Demande au Conseil des Prud'hommes

Si l'employeur reste muet ou propose la réintégration, mais que le salarié s'y refuse, (sauf de façon abusive), la seule issue est la saisine du Conseil des Prud'hommes, (voir chap. XXXIII) :

– en annulation du licenciement et en réintégration ;
– ou en dommages et intérêts en plus du paiement de l'indemnité de licenciement, de préavis et de congés payés non pris. L'article L. 1226-15 prévoit une indemnité d'au moins 12 mois, en plus de l'indemnité de licenciement, de préavis et de congés non pris.

F. REPRISE DU TRAVAIL

L'article L. 1226-10 précise : *« Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le Médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités.*
Cette proposition prend en compte, après avis des délégués du personnel, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise.
L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail ».

Cet article est applicable à tous les postes, y compris le gardiennage, les concierges, les marins, et quels que soient les contrats, même en cours de période d'essai.

Le médecin du travail a un rôle central, et tant l'employeur que le salarié peuvent le saisir.
Si le médecin ne formulait pas par écrit des propositions, il appartient à l'employeur de les solliciter (Cass. Soc. 23.10.2001, R.J.S. 1/012 n° 28).

Les délégués du personnel, (s'il en existe dans l'entreprise), sont incontournables.
L'omission de les consulter rend le licenciement illicite et entraîne la sanction civile édictée par l'article L. 1226-15 (au moins 12 mois de salaires en plus des indemnités normales), (Cass. Soc. 02.11.2001, R.J.S. 12/01 n° 1420). Pourrait s'ajouter la sanction pénale du délit d'entrave !

Le C.H.S.C.T. En l'état de la jurisprudence actuelle, sa consultation n'est pas requise, (Cass. Soc. 26.03.1996), mais nous ne saurions que le recommander, car cet arrêt est bien ancien, depuis le C.H.S.C.T. est devenu une institution représentative autonome, et l'article L. 4523-2 précise :
« Le C.H.S.C.T. est consulté sur la liste des postes liés à la sécurité de l'installation…. »
Il doit être également consulté sur les conditions de travail.

G. L'INAPTITUDE PHYSIQUE DU SALARIÉ

Si à l'issue de son arrêt de travail, le médecin du travail déclare le salarié inapte à reprendre son emploi, l'employeur doit proposer au salarié *« un autre emploi approprié à ses capacités »*, et aussi comparable que possible à l'emploi qu'il occupait précédemment :
– en tenant compte des préconisations écrites du médecin du travail ;
– et de l'avis des délégués du personnel.

H. RECLASSEMENT POSSIBLE

Si l'employeur et le salarié sont d'accord pour un poste de reclassement, on se retrouve dans la situation F développée ci-dessus.

I. RECLASSEMENT IMPOSSIBLE – PROCÉDURE DE LICENCIEMENT

– Si l'employeur est dans l'impossibilité de reclasser le salarié dans un emploi correspondant à sa nouvelle aptitude physique, telle que décrite par le médecin du travail, l'employeur pourra licencier le salarié en respectant la procédure (chap. XI). S'il est salarié protégé, il faut respecter la procédure spéciale (chap. XX).
– la preuve de l'impossibilité de reclassement incombe à l'employeur (Cass. Soc. 10.11.1988).
– L'employeur devra notifier par écrit (en R.A.R.) au salarié, les motifs s'opposant au reclassement avant d'engager la procédure de licenciement (Cass. Soc. 21.07.1988).

Son non-respect ouvre droit à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi (Cass. Soc. 09.05.1990).

J. L'INDEMNITÉ SPÉCIALE DE LICENCIEMENT

Elle est égale a :
– au double de l'indemnité minimum légale (art. 1234-9) ;
– ou, si elle est plus favorable à l'indemnité conventionnelle de licenciement (art. 1226-14).

Mais bien vérifier la convention collective applicable, car la plupart d'entre elles ont prévu dans ces cas-là une majoration.

K. LE REFUS ABUSIF DU SALARIÉ

Le salarié n'est pas tenu d'accepter tout autre emploi proposé par l'employeur (Cass. Soc. 10.03.88). Dans tous les cas, la rupture sera imputable à l'employeur en raison de l'origine professionnelle de l'accident ou de la maladie (Cass. Soc. 16.06.1988). Si l'employeur prouve le caractère abusif du refus, il devra payer l'indemnité de licenciement de droit commun ou conventionnelle mais non l'indemnité spéciale précitée en J (Cass. Soc. 07.05.96, R.J.S. 6/96 n° 668 – Cass. Soc. 26.03.96, R.J.S. 6/96 n° 669). La Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 1990 a jugé que le refus du salarié d'accepter un emploi entraînant une diminution du salaire n'était pas abusif ; confirmation récente (Cass. Soc. 19.07.94, R.J.S. 8/94 n° 975).

Après 3 refus de redressement, il est jugé que le licenciement est fondé (Cass. Soc. 08.03.2000 n° 97.45.318, n° 1145 D).

L. LE REFUS OU RETARD ABUSIF DE L'EMPLOYEUR

– Si l'employeur tarde à proposer la réintégration, le salarié peut lui en demander réparation (Cass. Soc. 21.01.1968) ;
– si un employeur a licencié le salarié, celui-ci peut refuser une proposition ultérieure de réintégration ;
– en cas de non-respect de la procédure de reclassement ou de licenciement abusif, le Conseil de Prud'hommes doit octroyer cumulativement au salarié licencié plusieurs indemnités de rupture : une indemnité compensatrice de préavis non effectué ; une indemnité spéciale de licenciement ; une indemnité qui ne peut être inférieure à 12 mois de salaire ; éventuellement, en cas de non-observation de la procédure de licenciement, l'indemnité prévue à l'article (« L. 1235-2, soit 1 mois maximum pour défaut de procédure »).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

– La demande en réintégration d'un salarié licencié pendant son arrêt de travail.
– La demande d'indemnités de dommages et intérêts.

QUESTIONS / RÉPONSES

La victime d'un accident de trajet pour se rendre à son travail (ou en revenir) bénéficie-t-elle de cette protection ?

Non. Pour l'instant la jurisprudence est bien nette, bien que la doctrine le conteste (Cass. Soc. 23.06.1988).

Que devient l'ancienneté en cas d'arrêt pour accident de travail ?

L'article L. 1226-7 précise que « la durée des périodes de suspension est prise en compte pour la détermination de tous les avantages légaux ou conventionnels liés à l'ancienneté dans l'entreprise ». Ainsi l'ancienneté continue à courir pendant l'arrêt de travail (par exemple, pour le calcul de l'indemnité de licenciement).
Exception : sauf en matière de droits à congés payés, les textes limitant à un an la durée ininterrompue de l'arrêt pour cause d'accident de travail.

Quelle est la date de la fin de la période de suspenslon du contrat de travail ?

C'est la visite du médecin du travail, et elle seule, qui marque directement la fin de la période de protection (Cass. Soc. 22.01.93). Tant que la visite n'a pas eu lieu, le salarié est considéré encore comme en suspension de son contrat.

Qu'en est-il en cas de C.D.D. ?

Si une clause de renouvellement était prévue au contrat initial, le C.D.D. doit être renouvelé, sinon, il s'arrête au terme prévu au contrat.

Un salarié peut-il être licencié pendant son arrêt de travail ?

Non, la jurisprudence est constante ; si l'arrêt de travail est consécutif à un accident du travail dans l'entreprise, le licenciement est nul (Cass. Soc. 06.05.98 n° 96-40.506, arrêt 2219 P), sauf si le motif est étranger à l'arrêt (Cass. Soc. 09.06.98 n° 96-43.015).

Un salarié accidenté du travail, devenu inapte, peut-il être « mis à la retraite » ?

Certainement, s'il en remplit les conditions (voir chapitre IV), mais ceci n'exonère pas l'employeur du versement de l'indemnité spéciale de licenciement (cf. § J, ci-dessus). (Cass. Soc. 04.06.98 n° 95-41.832).

Le licenciement pour non-production d'un certificat médical de prolongation est-illicite ?

Lorsqu'à la suite d'un arrêt initial de travail par suite d'une maladie professionnelle, la seule absence d'une justification par le salarié de la prolongation de son arrêt de travail ne saurait constituer une faute grave de nature à justifier le licenciement (Cass. Soc. 17.10.2000 n° 98-41.582).

XXIII

LE LICENCIEMENT DES SENIORS

VUE D'ENSEMBLE

Dans les 8 premières éditions de cet ouvrage, il était traité de la contribution DELALANDE pour les licenciements des salariés de plus de 50 ans.

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. L'EX-CONTRIBUTION DELALANDE

Créée en 1987, elle avait pour objectif de dissuader les employeurs à ne pas licencier les plus de 50 ans avec une pénalité de 1 à 12 mois selon l'âge et la taille des entreprises, versée à l'ASSEDIC. Elle a été supprimée à effet du 1er janvier 2008. Nous avons conservé ce chapitre, car de nouvelles mesures sont, en 2009, en négociation entre les partenaires sociaux, sur l'instigation gouvernementale.

Posons simplement la problématique

Tous les pays développés, pour faire face au vieillissement, développent des incitations à la prolongation des carrières

Le choc démographique

La France métropolitaine comptait 61,4 millions d'habitants au 01.01.2003. Elle en compte 66 millions en 2007 dont 17 millions (21 %) sont octogénaires.
La caractéristique du vieillissement s'explique par le rallongement de l'espérance de vie :

– En 1930, elle était de 54 ans pour les hommes et de 59,3 ans pour les femmes.
– En 1938, elle était de 55,9 ans pour les hommes et de 61,4 pour les femmes.
– En 1946, elle était de 61,9 ans pour les hommes et de 67,4 pour les femmes
– En 1959, elle était de 67,0 ans pour les hommes et de 73,6 pour les femmes
– En 1990, elle était de 72,7 ans pour les hommes et de 80,9 pour les femmes.
– En 1999, elle était de 74,6 ans pour les hommes et de 82,2 pour les femmes.
– En 2002, elle était de 75,2 ans pour les hommes et de 83 pour les femmes.
– En 2050, elle sera de 85 ans pour les hommes et de 90 ans pour les femmes.

En 1946, 2 hommes et 5 femmes sur 100 vivaient jusqu'à 90 ans.
En 1950, les centenaires n'étaient que 200.
Ils sont 9 000 aujourd'hui. En 2050, ils seront 150 000.

L'espérance de vie progresse de 3 mois par an. Selon des experts, le nombre de retraités va s'accroître plus vite que le nombre d'actifs, surtout à partir de 2005.
En 1975, les retraités percevaient leur retraite pendant 11 ans en moyenne après 60 ans.
En 2030, ils la percevront en moyenne pendant 23 ans.

Le Monde Dossiers et Documents n° 280 d'octobre 1999 souligne cependant les inégalité devant la mort ; l'espérance de vie à 35 ans pour un cadre de la Fonction Publique est de 46 ans, contre 37 ans pour un ouvrier non qualifié du secteur privé.

Le taux d'emploi (Hommes et Femmes) en 2003

Pays	55/59 ans	60/64 ans	Variation en 10 ans
France	54 %	16 %	– 3 %
Suisse	78 %	47 %	+ 10 %
Allemagne	56 %	21 %	+ 1 %
Italie	41 %	20 %	+ 1 %
Royaume-Uni	67 %	40 %	+ 5 %
États-Unis	68 %	49 %	+ 6 %
Canada	63 %	39 %	+ 7 %
Japon	73 %	51 %	– 3 %
Pays-Bas	59 %	23 %	+ 9 %
Danemark	76 %	39 %	+ 8 %
Finlande	66 %	23 %	+ 11 %

(Source OCDE)

On remarquera la spécificité française qui, non seulement a le plus faible taux d'emploi des seniors, mais qui a aggravé cette situation dans la décennie 1994/2003.



B. L'OBLIGATION DE NÉGOCIATION ANNUELLE SUR L'EMPLOI DES SENIORS

La loi n° 2003-775 du 21.08.2003, portant réforme des retraites a étendu le champ de la négociation obligatoire dans l'entreprise à l'emploi des salariés âgés.
La loi de cohésion sociale de décembre 2004 a réécrit l'ex article L. 132-27 rappelé ci-dessus :
« Le champ de cette négociation est étendu, tous les trois ans, aux questions de l'accès et du maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle ».

Comme la loi ne précise pas à partir duquel âge on est « un salarié âgé », il appartient aux partenaires sociaux, éventuellement par métier, de fixer l'âge concerné.

Nous conseillons donc aux entreprises visées de négocier chaque année, si elles ont au moins un délégué syndical, car sinon, pèse le risque d'un délit d'entrave (3 750 € et éventuellement jusqu'à un an d'emprisonnement (généralement avec sursis naturellement).

C. LE PLAN CONCERTÉ D'EMPLOI DES SENIORS

Il se donne comme objectif de maintenir les seniors au travail jusqu'à 60 ou 65 ans (pour les nouvelles générations).
Le taux d'emploi des seniors de 55-64 ans est actuellement en France de 37,3 %, contre 41 % pour la moyenne de l'Union européenne. Le gouvernement, avec le « plan senior » présenté en juin dernier, fait le pari que ce taux atteindra 50 % d'ici 2010. Il faut donc améliorer le taux d'emploi des seniors et favoriser leur « employabilité ».

Sous l'impulsion du Président Nicolas Sarkozy, le Gouvernement a présenté le 26.06.2008.
Aux partenaires sociaux un plan gouvernemental en faveur de l'emploi des seniors.

Le 17.09.2008, le ministre du Travail Xavier Bertrand a transmis aux partenaires sociaux des projets d'articles qui constitue la trame du projet de loi, adopté en Conseil des ministres le 13.10.2008.

Les entreprises seront incitées à maintenir leurs seniors dans l'emploi

- Les branches ou les entreprises qui ne l'auront pas déjà fait devront conclure des accords favorisant l'emploi des seniors avant la fin 2009, sous peine de payer une pénalité envisagée à 1 % des rémunérations versées (il semblerait que le gouvernement ait renoncé à cette pénalité).
- Les mises à la retraite d'office seront supprimées.
- Le régime fiscal et social des indemnités de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur sera aligné sur celui des indemnités de rupture conventionnelle, afin d'éviter les recours aux préretraites occultes, mais de fait.

Des mesures incitatives pour les salariés

L'intention est d'inciter les seniors à travailler au-delà de 60 ans.
- Le cumul emploi-retraite sera rétabli partout, y compris après 65 ans.
- Les salariés travaillant après la date à laquelle ils pourraient bénéficier d'une retraite à taux plein, bénéficieront d'une surcote beaucoup plus attractive qu'en 2008, elle sera portée à 1,25 % par trimestre, soit 5 % par an de points de retraite en plus.
- Des mesures incitatives ou dissuasives seront prises par les ASSEDIC.

Donc, sous peine d'être sévèrement sanctionnées, les entreprises, (et les branches), sont plus qu'incitées à augmenter leur taux d'emploi des seniors.

XXIV

LES AUTRES CAS DE PROTECTION

VUE D'ENSEMBLE

A. L'INTERDICTION DE LICENCIEMENT PENDANT LE CHÔMAGE-INTEMPÉRIES

B. LE LICENCIEMENT D'UN MÉDECIN DU TRAVAIL

C. LE SALARIÉ, ÉLU PARLEMENTAIRE

D. LE SALARIÉ MEMBRE D'UN CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE CAISSE DE SÉCURITE SOCIALE

E. LE REPRÉSENTANT DES SALARIÉS DANS UN CONSEIL D'ADMINISTRATION OU DE SURVEILLANCE D'UNE ENTREPRISE OU D'UN ÉTABLISSEMENT DU SECTEUR PUBLIC

F. LE REPRÉSENTANT DES SALARIÉS DANS UNE CHAMBRE D'AGRICULTURE, OU LE SALARIÉ MEMBRE D'UN CONSEIL DE DIRECTION SPÉCIALISÉ DES OFFICES D'INTERVENTION DANS LE SECTEUR AGICOLE

G. SALARIÉ MEMBRE D'UNE COMMISSION PARITAIRE D'HYGIÈNE, DE SÉCURITÉ ET DES CONDITIONS DE TRAVAIL EN AGRICULTURE

H. SALARIÉ, MEMBRE DU CONSEIL D'ORIENTATION ET DE SURVEILLANCE DES CAISSES D'ÉPARGNE ET DE PRÉVOYANCE

I. SALARIÉ MEMBRE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE MUTUELLE, UNION OU FÉDÉRATION MUTUALISTE

J. REPRÉSENTANT DES SALARIÉS DANS LE CADRE D'UNE PROCÉDURE DE SAUVEGARDE OU DE REDRESSEMENT OU DE LIQUIDATION JUDICIAIRE DES ENTREPRISES

K. LE CONSEILLER DU SALARIÉ

L. LE CONSEILLER PRUD'HOMME

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. L'INTERDICTION DE LICENCIEMENT PENDANT LE CHÔMAGE-INTEMPÉRIES

Dans le Bâtiment et les Travaux Publics, (B.T.P.), les salariés en arrêt de travail pour cause d'intempéries, sont partiellement indemnisés par la Caisse de congés payés dont ils relèvent (art. L. 5424-6).

L'article L. 5418 précise : *« En cas d'arrêt pour cause d'intempéries, les salariés que leur employeur ne peut occuper peuvent être mis à disposition de collectivités publiques pour l'exécution de travaux d'intérêt général… »*

L'article D. 5424-22 énonce : *« L'entreprise ne peut, sauf en cas de faute grave de l'intéressé ou en cas d'arrêt des travaux par le maître d'œuvre dans les chantiers de B.T.P., licencier un salarié au cours de la période d'inactivité du chantier sur lequel celui-ci est employé.*
Toutefois, ces dispositions ne portent pas atteinte aux effets découlant de l'expiration du préavis au cours de la période d'inactivité du chantier sur lequel il est employé ».

Donc, licenciement interdit sauf faute grave ou lourde, et fin du préavis à la date normale, si celui-ci avait été notifié avant le chômage-intempéries.

B. LE LICENCIEMENT D'UN MÉDECIN DU TRAVAIL

Un médecin du travail est obligatoirement un salarié :
- soit de l'entreprise, (la plupart du temps à temps partiel avec des vacations) ;
- soit d'un centre médical interentreprises qui est obligatoirement administré paritairement.

C'est le salarié le plus protégé de tous les salariés protégés.
En effet, il ne peut être nommé qu'avec l'accord du Conseil d'Administration dans un centre interentreprises.
Le Comité d'Entreprise, (ou interentreprises), doit être consulté avant la fin de la période d'essai. Il est compétent pour donner son accord sur la nomination d'un médecin du travail, mais pas sur le choix opéré par le Conseil d'administration (Cass. Soc. 20.04.1984).

Par rapport aux autres salariés protégés, le C.E. doit donner son accord, il ne s'agit donc pas d'une simple consultation, (art. R. 4623-5 à 7).

L'article R. 4623-20 précise l'obligation de consultation du C.E. en cas de licenciement : *« Lorsque le licenciement d'un médecin du travail est envisagé, le comité d'entreprise, le comité interentreprises ou la commission de contrôle du service interentreprises ou le conseil d'administration, selon le cas, se prononce après audition de l'intéressé.*
L'entretien préalable prévu à l'article L. 1232-2 précède la consultation de ces instances. »

Si le médecin du travail est salarié de l'entreprise, la procédure est la suivante :

1° Convoquer le médecin salarié à un entretien préalable ;
2° Consulter le C.E. de cette entreprise, qui doit donner son accord ;
3° Demande d'autorisation par lettre R.A.R. à l'Inspecteur du Travail avec PV du C.E.
4° Enquête contradictoire de l'Inspecteur du Travail ;
5° Autorisation ou refus de l'Inspecteur du Travail ;
6° Recours éventuel devant le ministre du Travail.

L'initiative de la demande de licenciement d'un médecin du travail peut émaner de l'employeur, mais aussi du C.E. L'auteur, lorsqu'il était DRH a eu une demande de licenciement de notre brave médecin du travail par les élues du personnel au Comité au motif que l'intéressé confondait l'initiation des salariées à la palpation mammaire pour détecter des cancers précis du sein, comme le recommandait le Ministère, avec des pratiques plus déplacées.

L'article R. 4623-31 précise les modalités du vote du C.E. : « Le comité d'entreprise ou la commission de contrôle se prononce par un vote à bulletin secret, à la majorité de ses membres, régulièrement convoqués, présents ou représentés.
Chaque membre ne peut disposer du pouvoir que d'un seul autre membre ».

L'article R. 4623-22 précise les modalités de la demande d'autorisation de licenciement à l'Inspecteur du Travail.

C. LE SALARIÉ, ÉLU PARLEMENTAIRE

Le salarié élu à l'Assemblée nationale ou au Sénat peut demander à tout moment en cours de mandat, (par lettre R.A.R.), la suspension de son contrat de travail jusqu'à l'expiration du mandat.

Ce qui signifie que son licenciement n'est pas impossible. Mais naturellement, ce serait un choix, la plupart du temps, non judicieux…

Un employeur avait allégué l'impossibilité pour ce salarié élu parlementaire de remplir son contrat et ses obligations professionnelles, et le fait qu'il n'avait pas demandé la suspension de son contrat de travail, pour tenter un licenciement, argument que la justice a écarté.

D. LE SALARIÉ, MEMBRE D'UN CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE CAISSE DE SÉCURITE SOCIALE

L'article L. 231-11 du Code de la Sécurité sociale, accorde à ces salariés le bénéfice de la procédure spéciale des délégués syndicaux, après la fin de leur période d'essai.

Cette protection vise : les candidats pendant les 3 mois après la publication des listes de candidatures, la durée du mandat et les 6 mois suivant sa cessation. (art. L. 2411-18 du Code du Travail).

E. LE REPRÉSENTANT DES SALARIÉS DANS UN CONSEIL D'ADMINISTRATION OU DE SURVEILLANCE D'UNE ENTREPRISE OU D'UN ÉTABLISSEMENT DU SECTEUR PUBLIC

Une loi du 26.07.1983 leur a accordé une protection durant les 3 mois suivant le dépôt de candidature, pendant la durée de leur mandat, et les 6 mois qui suivent la fin du mandat. (art. L. 2411-17). C'est la même protection que celle accordée aux délégués syndicaux, (art. 2411-3).
Leur licenciement est obligatoirement soumis :
– pour avis au Conseil d'administration ou de surveillance ;
– pour décision administrative à l'Inspecteur du Travail agricole compétent.

F. LE REPRÉSENTANT DES SALARIÉS DANS UNE CHAMBRE D'AGRICULTURE, OU LE SALARIÉ MEMBRE D'UN CONSEIL DE DIRECTION SPÉCIALISÉ DES OFFICES D'INTERVENTION DANS LE SECTEUR AGRICOLE

Bénéficient de la même protection toute particulière les salariés concernés (art. L. 2411-20).

Une loi du 03.01.1985 a prévu qu'il s'agissait de la même protection que celle accordée aux membres d'un Conseil d'administration d'un organisme de Sécurité sociale.

G. SALARIÉ MEMBRE D'UNE COMMISSION PARITAIRE D'HYGIÈNE, DE SÉCURITÉ ET DES CONDITIONS DE TRAVAIL EN AGRICULTURE

L'article L. 2411-15 du Code du Travail leur accorde la protection de l'autorisation administrative préalable de l'Inspecteur du Travail, pendant leur mandat et les six mois après son expiration.

H. SALARIÉ, MEMBRE DU CONSEIL D'ORIENTATION ET DE SURVEILLANCE DES CAISSES D'ÉPARGNE ET DE PRÉVOYANCE

Une loi du 09.07.1984 leur a accordé la même protection que celle des représentants des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance du secteur public.
Toutefois, le Conseil d'orientation ou de surveillance dont l'intéressé est membre doit donner son avis.

I. SALARIÉ MEMBRE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE MUTUELLE, UNION OU FÉDÉRATION, MUTUALISTE

L'article 114-24 du Code de la mutualité et l'article L. 2411-19 du Code du Travail ont prévu la procédure d'autorisation administrative pour ces salariés membres des Conseils d'Administration des mutuelles, des unions mutualistes ou fédérations mutualistes.

Même procédure et protection que celle des délégués syndicaux, c'est-à-dire depuis le dépôt des candidatures, pendant le mandat de trois ans et les 12 mois suivant le mandat, s'ils ont exercé pendant au moins 12 mois. (Cass. Soc. 19.06.2007 n° 05-46.017).

J. REPRÉSENTANT DES SALARIÉS DANS LE CADRE D'UNE PROCÉDURE DE SAUVEGARDE OU DE REDRESSEMENT OU DE LIQUIDATION JUDICIAIRE DES ENTREPRISES

Une loi du 25.01.1985 leur reconnaît la même protection que celle appliquée aux Délégués du personnel (chap. XX). (art. 2411-1).
Cette protection est prévue par l'article L. 2411-16.

Elle cesse lorsque toutes les sommes versées aux représentants des créanciers par les institutions gestionnaires du régime de l'A.G.S. (Association de Garantie des Salaires, ont été reversées par ce dernier aux salariés. (article 662-4 du Code du commerce).

K. LE CONSEILLER DU SALARIÉ

Le salarié, inscrit sur la liste adoptée par le préfet pour être conseiller du salarié, bénéficie de la même protection que le délégué syndical (art. L. 2411-21).

L. LE CONSEILLER PRUD'HOMME

L'article L. 2411-22 régit le licenciement d'un salarié qui aurait été élu conseiller prud'homme.
Peu importe s'il a été élu sur une liste syndicale de salariés ou sur une liste d'employeurs. (Cass. Crim. 02.12.1986, 10.06.1994).

Sa protection démarre à partir de la notification à l'employeur de la candidature ou de l'imminence de celle-ci.
Elle se prolonge pendant les cinq ans du mandat et se prolonge pendant les six mois suivant la fin du mandat.

L'autorisation administrative est requise.

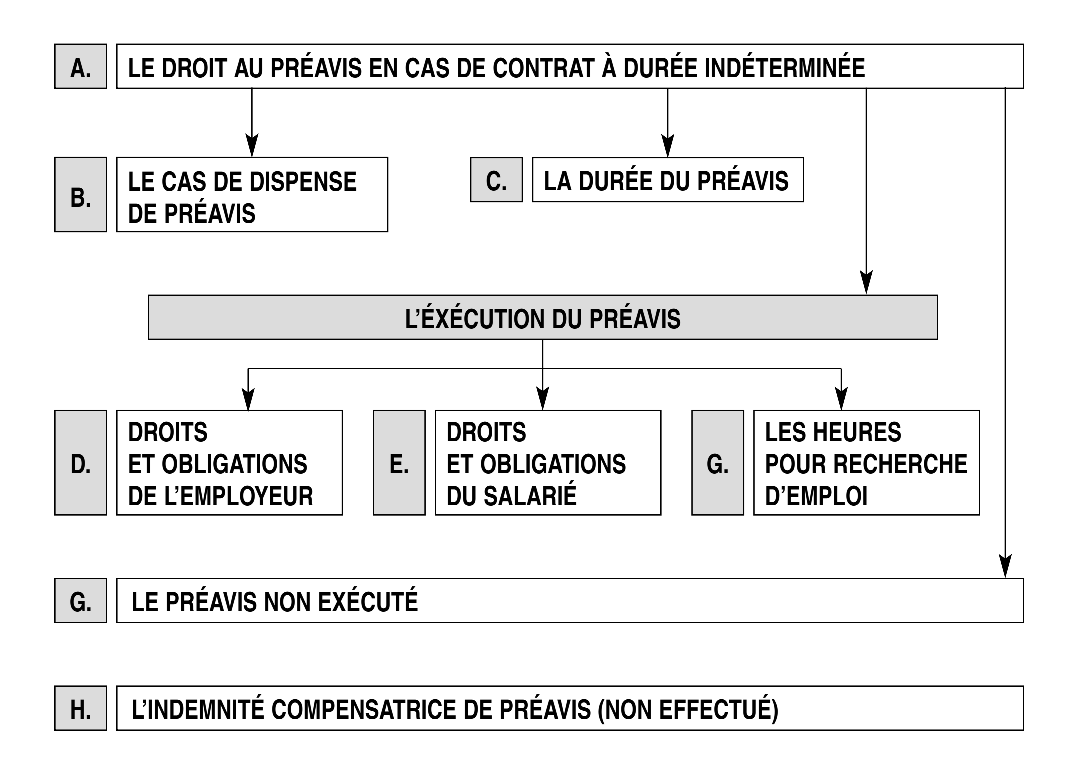
SEPTIÈME PARTIE

PRÉAVIS, INDEMNITÉS DE LICENCIEMENT

XXV

LE PRÉAVIS ET LES HEURES POUR RECHERCHE D'EMPLOI

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LE DROIT AU PRÉAVIS

Le préavis, (ou délai-congé), est la période pendant laquelle le contrat de travail continue d'exister et de produire ses effets, bien que l'une des parties ait notifié à l'autre sa décision de le rompre (art. L. 1234-1).

Il est dû quel que soit l'auteur de la rupture et les parties ne peuvent y renoncer par avance (L. 1231-4 et L. 1234-2).

Des règles spécifiques sont applicables en Alsace et en Moselle pour les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté (art. L. 1234-15 et suivants).

Le point de départ du préavis est le jour de sa notification, sauf disposition conventionnelle plus favorable au salarié.
En cas de rupture à l'initiative de l'employeur, c'est le jour d'envoi par LA POSTE de la lettre R.A.R.
En cas de démission du salarié, c'est le jour de l'accusé de réception de l'employeur.
L'article R. 1231-1 précise que si le délai de préavis expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prolongé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.
Il doit être observé, sauf dans les cas d'exception prévus par la loi.

Les temps de suspension du contrat de travail sont à défalquer de l'ancienneté totale (maladie, grève, mise à) pied disciplinaire, congé sans solde. Mais attention aux dispositions légales ou conventionnelles plus favorables (exemples : congés payés, congé maternité ou adoption, congé-formation, congés pour l'exercice de certaines fonctions publiques ou professionnelles…

B. LES CAS DE DISPENSE DU PRÉAVIS

– Faute grave ou lourde (chap XII) ;
– **grossesse** (chap XXI). Art. L. 1225-34 : *« La salariée en état de grossesse médicalement constaté peut rompre son contrat de travail sans préavis et sans devoir l'indemnité de rupture »* ;
– **période d'essai** (chap I, D). Voir le délai légal ou conventionnel le cas échéant ;

– **maternité et adoption** (chap. XXI). Art. L. 1225-66 : « *Pour élever son enfant, le salarié peut, sous réserve d'en informer son employeur au moins quinze jours à l'avance, rompre son contrat de travail à l'issue du congé maternité ou d'adoption ou, le cas échéant, deus mois après la naissance ou l'arrivée au foyer de l'enfant, sans être tenue de respecter le délai de préavis, ni de devoir d'indemnité de rupture* » ;
– **résiliation judiciaire du contrat de travail** (chap. XXX) ;
– **rupture du contrat pour force majeure** (chap. XXVII à XXIX) ;
– **dispense par l'employeur.** Dans ce cas, l'employeur doit rémunérer le préavis non effectué ;
– **salarié rompant leur contrat de travail à l'issue d'un congé création d'entreprise,** (art. L. 3142-75) ;
– **convention de reclassement personnalisé.** La rupture est présumée être d'un commun accord. Le congé de reclassement est effectué pendant la durée du préavis que le salarié est dispensé d'exécuter, (art. L. 1233-71) ;
– enfin, en cas de **licenciement économique pour cause structurelle** (accord interprofessionnel du 10.02.1969, modifié par l'accord du 20.10.1986), le salarié ayant trouver un nouvel emploi peut cesser de travailler sans effectuer la totalité de son préavis. Naturellement, dans ce cas, l'employeur n'a à payer que la partie effectuée.

C. LA DURÉE DU PRÉAVIS

Initiative du salarié

Art. L. 1237-1 : « *En cas de démission, l'existence et la durée du préavis sont fixées par la loi, ou par convention ou accord collectif de travail.*
En l'absence de dispositions légales, de convention ou accord collectif de travail relatifs au préavis, son existence et sa durée résultent des usages pratiqués dans la localité et dans la profession. »
Mais dans ce cas, encore faut-il que l'employeur en ait informé le salarié et en apporte la preuve, s'il voulait se retourner contre l'intéressé.

Il n'y a que le contrat de travail qui apporte la preuve formelle, sinon l'affichage est une voie.

À défaut de clause conventionnelle ou contractuelle, on peut considérer qu'il y a un usage national :
– ouvriers : 8 jours ;
– employés, techniciens : 1 mois ;
– agents de maîtrise : 2 mois ;
– cadres : 3 mois. (Cass. Soc. 07.12.1987 n° 85-42.089) ;

Des règles spécifiques existent pour :
– les VRP : 1 mois durant la 1re année, 2 mois durant la seconde et 3 mois après la deuxième année (art. L. 7313-9) ;
– les journalistes, 1 mois avec une ancienneté inférieure à 3 ans ou 2 mois au-delà (art. L. 7112-2) ;
– gardiens d'immeubles : catégorie A coefficient inférieur à, 255 : 8 jours, à partir du coefficient 255 : 1 mois, et catégorie B : 1 mois.

Initiative de l'employeur, autre que faute grave ou lourde
– mise à la retraite : préavis égal à celui du licenciement (chap. IV) ;
– licenciement : (art. L. 1234-1). Ancienneté inférieure à 6 mois, article L. 1237-1 ci-dessus. Entre 6 mois et deux ans, préavis d'un mois, au moins deux ans d'ancienneté, préavis de 2 mois, sauf dispositions conventionnelles différentes plus favorables au salarié. Art. L. 1234-2 : *« Toute clause du contrat de travail fixant un préavis d'une durée inférieure à celui résultant des dispositions de l'article L. 1234-1 ou d'une condition d'ancienneté supérieure à celle énoncée par ces mêmes dispositions est nulle »* ;
– handicapés, préavis doublé pour certains dans la limite de 3 mois (art. 5213-9) ;
– gardiens d'immeubles : Catégorie A : 1 mois, qui passe à 2 mois après 2 ans d'ancienneté, catégorie B : 3 mois.

Indisponibilité du salarié et paiement du préavis
Si l'employeur est à l'origine de la non-exécution du préavis, il doit le rémunérer.
Si c'est le salarié, le préavis n'a pas à être rémunéré (maternité, congé parental, maladie, inaptitude physique, non due à un accident du travail, décision de ne pas l'exécuter… (Cass. Soc. 23.11.2003 n° 04-47.653 P).
Sauf dispositions conventionnelles plus favorables, et elles sont nombreuses !

En dehors de ces dispositions conventionnelles, le salarié qui n'exécute pas son préavis en est redevable à son employeur (jurisprudence constante).

D. DROITS ET OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR PENDANT L'EXÉCUTION DU PRÉAVIS

Le contrat de travail ne prend fin qu'à l'expiration du préavis ; l'employeur doit donc respecter ses obligations contractuelles jusqu'à la fin ; en revanche, l'employeur conserve le plein exercice de son pouvoir disciplinaire (chap. VII).

– **Maintien de l'emploi contractuel**
L'employeur ne peut imposer au salarié, sans son accord, une mofification unilatérale d'une clause essentielle de son contrat de travail, sous peine de prendre la responsabilité de la rupture et d'ouvrir droit à une indemnisation du salarié (chap. XIX). Par exemple : autre lieu de travail (Cass. Soc. 11.11.1986) ; dispense de travail mais obligation de présence du salarié (Cass. Soc. 06.05.1955 – 15.02.1967 – 16.01.1976...) ; modification d'horaires, de fonctions, de conditions de travail.
Exceptions : modification d'une clause non essentielle du contrat ; suppression, de certaines tâches impliquées par le licenciement économique (Cass. Soc. 01.12.1982).

– **Maintien de la rémunération**
Non seulement le salaire habituel brut doit être maintenu, mais également les primes et gratifications normalement attribuées.
Exemple : prime de fin d'année si les conditions d'attribution sont remplies (Cass. Soc. 10.12.1987).
Il doit accorder les augmentations générales des salaires allouées sauf si le texte d'attribution excluait les salariés en préavis (Cass. Soc. 12.03.1987).
Si le salarié tombe malade pendant son préavis, il a droit à son maintien de salaire tel que défini par la Convention collective ou l'accord d'entreprise.

– **Indisponibilité du salarie et paiement du préavis**
Un préavis doit-il être rémunéré ?
– si l'employeur est à l'origine de l'inexécution du préavis (dispense de l'effectuer, faute grave invoquée à tort…), le préavis doit être rémunéré ;
– si c'est le salarié qui est à l'origine de l'inexécution du préavis (maternité, congé parental, maladie, décision de ne pas l'exécuter, demande à l'employeur de ne pas l'exécuter et acceptation de celui-ci…), celui-ci n'a pas à être rémunéré (Cass. Soc. 23.11.2003 n° 04-47.653 P).



E. DROITS ET OBLIGATIONS DU SALARIÉ PENDANT L'EXÉCUTION DU PRÉAVIS

Le contrat de travail ne prend fin qu'à l'expiration du préavis, que celui-ci soit effectué ou non.

Le salarié doit continuer d'exécuter son travail comme avant, sauf son droit à heures pour recherche d'emploi (voir § F ci-après).
– poursuivre le travail dans les mêmes conditions qu'avant (Cass. Soc. 25.01.1979) ;

– accepter l'autorité de l'employeur dès lors qu'il ne modifierait pas une clause substantielle du contrat de travail (voir ci-dessus § D) ;
– si le salarié avait un comportement fautif, l'employeur pourrait prononcer la rupture immédiate du préavis et du contrat de travail. L'employeur serait dispensé de payer l'indemnité de préavis non effectué. En revanche, il devrait l'indemnité de licenciement si celui-ci avait été prononcé avant (Cass. Soc. 23.05.1984 – 05.03.1987…), même en cas de faute grave pendant le préavis (Cass. Soc. 07.03.1990).

Refus du salarié d'exécuter normalement son travail

Ceci constitue une faute grave qui justifierait la rupture immédiate du contrat sans paiement du préavis restant à courir (Cass. Soc. 28.09.2005, R.J.S. 12/05 n° 1200). Il convient toutefois que l'employeur applique la procédure disciplinaire (convocation à entretien préalable, entretien préalable et notification écrite (chap. VIII).

Par contre, le droit à l'indemnité de licenciement et à l'indemnité de congés payés subsiste, même en cas de faute grave ou lourde pendant le préavis (Cass. Soc. 23.10.1991, R.J.S. 12/91 n° 1329).

F. LES HEURES POUR RECHERCHE D'EMPLOI

La loi et les dispositions réglementaires sont muettes sur ce thème. Il s'agit, en fait, d'un droit coutumier quasi général.

L'usage veut que le salarié ait le droit de s'absenter deux heures par jour au cours de la période de préavis pour rechercher un nouvel emploi.

Cet usage est repris par la plupart des conventions collectives, qui ne font pas de différence selon qu'il s'agit d'une démission ou d'un licenciement. Cependant, certaines en limitent le droit ou remplacent celui-ci par cinquante heures par mois.

Les cas où elles ne sont pas dues

– salarié partant à la retraite (Cass. Soc. 08.01.1969) ;
– salarié ayant retrouvé un nouvel emploi, mais c'est à l'employeur d'en apporter la preuve (Cass. Soc. 07.02.1957 – 07.01.1965) ;
– salarié ne les ayant pas utilisées.
  Il ne peut prétendre de ce fait à une indemnité compensatrice (Cass. Soc. 13.11.1975 – 10.07.1990) sauf dispositions conventionnelles plus favorables (exemple métallurgie de la région parisienne).

Les cas où elles sont dues

Dans tous les autres cas, y compris pour la création d'une entreprise (Cass. Soc. 09.04.1987), pour une convention de conversion et pour un temps partiel, l'employeur doit accorder les heures pour recherche d'emploi.

Le groupement des heures en fin de préavis

Ce groupement implique un accord entre l'employeur et le salarié. Ce groupement a été prévu par l'accord interprofessionnel national du 10 février 1969 en cas de licenciement pour motif économique.

L'alternance en cas de désaccord

En cas de désaccord entre le salarié et l'employeur sur les modalités d'utilisation de ces heures, celles-ci devront être prises un jour sur deux à la convenance de l'employeur.

L'accord de l'employeur est nécessaire

Un salarié commettrait une faute grave en s'absentant pour recherche d'emploi pendant son préavis sans avoir obtenu l'accord préalable de son employeur (C. app de Paris 29.05.1987).

Le paiement des heures

– elles n'ouvrent pas droit à majoration pour heures supplémentaires (Cass. Soc. 13.11.1975) ;
– elles ne sont pas payées si elles ne sont pas prises ;
– elles ne sont pas payées en cas de dispense d'effectuer le préavis ;
– elles ne sont pas considérées comme du travail effectif et n'entrent pas dans le contingent annuel d'heures supplémentaires.

Les salariés à temps partiel

Ils bénéficient des mêmes droits.

La prolongation du préavis

La Cour de cassation a jugé qu'elle n'accorde pas plus de droit au temps libre que la période fixée par la Convention collective (Cass. Soc. 07.05.1987 n° 85-40.581).

G. LE PRÉAVIS NON EXÉCUTÉ

La dispense par l'employeur

Il s'agit d'une décision unilatérale de J'employeur qui dispense le salarié d'exécuter son préavis. C'est un droit qu'il tient de l'article L.1234-5 du

Code du Travail, dès lors que ceci n'entraine, jusqu'à l'expiration du délai-congé, « aucune diminution des salaires et avantages, y compris l'indemnité de congés payés que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail ». Le chef d'entreprise est seul juge de ses raisons, mais il doit éviter une légèreté blâmable qui discréditerait gravement le salarié en faisant peser sur ce départ si rapide une suspicion (Cass. Soc. 28.11.1963 – 06.04.1967 – 14.06. 67 – 24.10.1978 – 20.04.1986).

Conseil : employer la formule *« Nous vous dispensons d'effectuer votre préavis afin de vous permettre de rechercher un nouvel emploi en toute liberté. À la fin de votre préavis de... mois, nous tiendrons à votre disposition votre certificat de travail et les éléments de liquidation de votre compte »*.
Il faut que cette dispense soit une manifestation de volonté non équivoque de la part de l'employeur (Cass. Soc. 12.11.1975) (mention sur la lettre de licenciement ou l'accusé de réception de la démission). Cette dispense peut ne concerner qu'une partie du préavis.

L'inobservation fautive du salarié

Le salarié refusant d'exécuter son préavis commet une faute qui peut conduire le Conseil de Prud'hommes à accorder à l'employeur une indemnité compensatrice de préavis (non effectué) à titre de réparation de préjudice (Cass. Soc. 07.02.1990). Naturellement, l'employeur n'a pas, dans ce cas, à payer d'indemnité de préavis (Cass. Soc. 12.01.1983).
Le salarié ne respecte pas les obligations du contrat de travail (voir ci-dessus § B).
En cas de non-respect, l'employeur peut invoquer la faute grave.
Exemples : détournement de fonds (Cass. Soc. 15.10.1975) ; absences irrégulières non autorisées (Cass. Soc. 23.05.1984) ; détournement ou recopie de fichiers clients (Cass. Soc. 24.10.1989), etc.
Il n'aura alors pas à payer le préavis, mais devra l'indemnité de licenciement si c'était un préavis de licenciement (Cass. Soc. 04.10.1990). En effet, le droit à cette indemnité de licenciement est ouvert lors de la notification de la rupture.

L'inobservation fautive de l'employeur

Caractère vexatoire ou intention de nuire :
Exemples : ne pas donner de travail (voir § E ci-dessus) ; retirer des avantages liés au statut (carte de stationnement, parking... Cass. Soc. 05.03.1987.
Le salarié est en droit d'interrompre son préavis et de demander aux Prud'hommes le paiement d'une indemnité compensatrice, voire des dommages et intérêts pour réparation de préjudice.

La demande du salarié de ne pas effectuer tout ou partie du préavis

Beaucoup de conventions collectives prévoient ce cas.
À défaut de dispositions conventionnelles, le salarié devra obtenir l'accueil de son employeur pour être dispensé d'effectuer tout ou partie du préavis.
Si l'employeur refuse, le salarié doit exécuter son préavis jusqu'à son terme.
Si l'employeur accepte, il ne doit pas une indemnité compensatrice de préavis non pris (Cass. Soc. 22.11.1979 – 19.06.1987).

La cessation d'entreprise

Elle ne dispense pas l'employeur de respecter le préavis ou d'en assurer le paiement par une indemnité compensatrice.

L'impossibilité du salarié d'exécuter son préavis

L'employeur qui a invité le salarié à effectuer son préavis et constaté l'impossibilité de celui-ci à fourmir sa prestation de travail se trouve délié de l'obligation de verser une indemnité compensatrice.
Exemples : retrait du permis de conduire d'un V.R.P. (Cass. Soc. 19.11.1980) ; incarcération du salarié (Cass. Soc.17.12.1984) ; inaptitude physique médicalement reconnue ; maladie en cours de préavis ; grève...

H. L'INDEMNITÉ COMPENSATRICE DE PRÉAVIS NON EFFECTUÉ

Dans tous les cas où il y a obligation d'effectuer le préavis, il y a obligation de verser une indemnité compensatrice si le préavis n'est pas exécuté :
– parce qu'il y a dispense d'exécution par l'employeur ;
– parce que l'employeur a brusquement interrompu le préavis pour faute grave et que celle-ci n'a pas été reconnue par le tribunal ;
– parce que l'employeur a modifié de façon unilatérale et sans accord du salarié des conditions substantielles du contrat ;
– parce que l'entreprise a cessé son activité...

Le montant de cette Indemnité est soumis aux charges sociales (Cass. Soc. 21.02.90) du salarié et patronales. Il est égal à ce qu'aurait perçu le salarié s'il avait travaillé, c'est-à-dire le salaire brut, plus les primes et les gratifications..., et non à la moyenne des rémunérations perçues pendant les douze derniers mois (Cass. Soc. 24.01.1996 ; R.J.S. 3/96 n° 172 et 12.01.1994 ; R.J.S. 2/94 n° 143).
En cas de salaire variable : moyenne perçue les trois derniers mois.
En cas de salaire en pourcentage ; moyenne de l'année (Cass. Soc. 31.01.1968).

Un salarié expatrié, à défaut de stipulation contractuelle ou conventionnelle différente, doit être indemnisé sur son salaire d'expatrié (Cass. Soc. 10.12.1975) hors compensation des frais (Cass. Soc. 20.10.1988).
En cas d'augmentation générale, l'employeur doit en tenir compte sauf si le texte attribuant celle-ci a bien écarté les salariés en cours de préavis.
La base est l'horaire habituel y compris les heures supplémentaires. En cas de chômage partiel pendant le préavis, l'indemnité doit compenser le salaire à temps plein.
L'indemnité compensatrice de congés payés non pris doit tenir compte du préavis non effectué.
Naturellement, les indemnités représentatives de frais n'ont pas à être payées : par exemple, indemnités de grand déplacement ; indemnités de repas ou panier ; indemnités d'outillage, de salissure, de remboursement de frais.
L'indemnité doit tenir compte des avantages en nature (repas, logement, véhicule) (Cass. Soc. 04.03.1998 n° 95-42.858 pour retrait de véhicule en cas de péavis non effectué).
Le montant du paiement : soit à l'échéance de chaque mois comme le salarié, soit en versement unique au moment de la cessation effective du travail du salarié.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Ils sont très nombreux, mais souvent ils accompagnent d'autres chefs de demande :
– non paiement des congés payés sur un préavis non effectué ;
– non maintien d'un avantage en nature pendant un préavis non effectué ;
– contestation d'un préavis signé dans le contrat de travail, qui se trouve supérieur au préavis conventionnel en cas de démission ;
– détournement de clientèle ou débauchage de salariés pendant le préavis ;
– faute grave du salarié pendant un préavis ;
– modificalion très importante par l'employeur d'une clause substanlielle du contrat pendant un préavis ;
– non exécution du préavis par le salarié en cas de démission ; c'est un des rares cas où l'employeur cite son ex-salarié devant les Prud'hommes ;
– etc.

QUESTIONS / RÉPONSES

Quelles sont les principales spécificités du régime Alsace-Moselle ?

Le Code du Travail précise que les dispositions du Code ne sont applicables que dans la mesure où elles ne contrediraient pas les règles prévues par la loi du 6 mai 1939. En pratique, sauf pour les petits emplois, le préavis réciproque est de six semaines, mais son terme doit coïncider avec le dernier jour d'un trimestre civil.
Mais si le salarié a au moins deux ans d'ancienneté, il a droit à au moins les deux mois de préavis légaux, ou plus si la loi locale de 1939 lui était plus favorable. Bref, c'est généralement la solution la plus favorable au salarié qui devra s'appliquer, entre la loi française, la loi de 1939 pour l'Alsace et la Moselle, la Convention collective et le contrat de travail.

Qu'advient-il si un salarié tombe malade ou fait grève pendant son préavis ?

Le préavis étant un délai préfixé à l'avance, la date de cessation du contrat n'est pas reportée (Cass. Soc. 28.06.1989 n° 86-42.931).

En cas de préavis non effectué peut-on payer par anticipation ?

Normalement, le préavis non effectué est versé avec la même périodicité que les salaires mensuellement. Toutefois, rien n'interdit un paiement anticipé au moment de la cessation effective de l'activité, si l'employeur est d'accord. Dans ce cas, l'assiette, les taux et plafonds des cotisations sociales, de la C.S.G. de la C.R.D.S. sont limités au plafond correspondant à la périodicité de cette paie. La régularisation annuelle devra prendre en compte la période de préavis non effectué (art. R.243-11 du C.S.S.)

Peut-on cumuler préavis et indemnités journalières ?

Lorsque le salarié a été privé de la possibilité d'exécuter son préavis en raison du manquement de l'employeur, les sommes allouées au titre de ce préavis se cumulent avec les indemnités journalières perçues de la Sécurité sociale (Cass. Soc. 09.07.2008 n° 06-44.240 P).

En cas d'accident du travail pendant un préavis, qu'advient-il ?

Le salarié victime d'un accident du travail pendant son préavis, voit son préavis suspendu pendant toute la durée de son arrêt de travail consécutif à l'accident du travail, celui-ci se continuera lors du retour. C'est une nouvelle exception au fait que le préavis est un délai « préfixé à l'avance ». Il en est ainsi qu'il s'agisse d'une démission ou d'un licenciement. (Cass.

Soc. 18.07.96, R.J.S. 10/96). La Cour dans cet arrêt récent qui marque un nouveau retournement de jurisprudence se fonde sur l'article L. 1226-7 protégeant les accidentés du travail.

Un employeur peut-il fixer une date de départ du préavis postérieure à sa lettre de licenciement ?

Oui, (Cass. Soc. 19.07.1983), mais il ne pourrait la fixer à une date antérieure. Cette solution est considérée comme plus favorable au salarié ;

Un salarié peut-il donner un préavis de démission plus long que celui fixé par la Convention collective ?

Oui, tout à fait. Si l'employeur prenait alors l'initiative de rompre le contrat avant le terme fixé par le salarié, il serait redevable d'une indemnité compensatrice de préavis non effectué pour le temps restant à courir (Cass. Soc. 16.12.1997 n° 95-42.090 et 02.02.1993, R.J.S. 3/96 n° 266). Sauf si les juges appréciaient ceci comme un abus de droit de la part du salarié, par exemple : compte-rendu de l'état d'esprit du salarié ; compte tenu de l'impossibilité de continuer une collaboration confiante etc. (Cass. Soc. 08.06.1977).

Si le contrat de travail s'était poursuivi au-delà du préavis de démission, l'employeur peut-il le rompre ?

Oui, il peut toujours le rompre, mais il ne s'agirait plus d'une démission, la rupture lui serait imputable (Cass. Soc. 20.11.1985 ou 05.12.1985).

Si un employeur impose une modification importante du contrat de travail pendant un préavis, que peut faire un salarié ?

Deux cas sont à considérer :

- Ou il s'agit de la modification d'une clause essentielle du contrat de travail, par exemple un emploi inférieur, une rémunération moindre, un changement lointain de lieu de travail, l'employeur se mettrait en faute.
- Ou il s'agit de la simple modification des conditions de travail dans le cadre de ses pouvoirs de direction, légère modification des tâches ou des horaires de travail par exemple, un salarié le refusant se mettrait en faute.

Toutefois, si la poursuite des tâches habituelles pendant le préavis est impossible, l'employeur a la possibilité de demander au salarié d'en exécuter d'autres, dès lors que ce serait justifié pour l'intérêt de l'entreprise et de bonne foi, (sous contrôle des juges). Par contre ne doivent pas être modifiées les clauses essentielles du contrat (rémunération, lieu de travail, qualification...) (Cass. Soc. 01.12.1982 n° 2702).

La solution :

a. Trouver un accord avec son employeur ;

b. À défaut, refuser de poursuivre l'exécution de son contrat et demander à être payé en indemnité compensatrice de préavis jusqu'à la fin du préavis prévu initialement ;

c. En cas de refus de l'employeur, obtenir réparation devant le Conseil des Prud'hommes (Cass. Soc. 17.04.1986…) (chap. XXXIII).

Un salarié dispensé d'exécuter son préavis peut-il prendre un nouvel emploi sans risquer de perdre le bénéfice du paiement de son préavis rémunéré ?

Oui, il devrait en informer son ex-employeur, qui devra lui remettre son certificat de travail, son attestation d'ASSEDIC arrêtés à la date demandée par le salarié. Le contrat serait rompu à cette date, mais l'employeur lui devrait toutefois le paiement du préavis qui restait (Cass. Soc. 21.01.1987).

Dans la pratique, l'application de cette règle dite du « non-cumul » n'est pas respectée.

Que faire si un salarié part en congés payés pendant son préavis ?

Le préavis sera suspendu pendant ses congés, mais plusieurs cas peuvent se présenter :

a. le salarié est licencié pendant qu'il est en congés payés. Son préavis ne commencera qu'à la fin de ses congés ;

b. le salarié reçoit sa notification de licenciement alors que ses dates de congés sont déjà fixées et qu'elles se situent pendant le préavis : le salarié est en droit de prendre son congé aux dates fixées et de finir son préavis à son retour ;

c. le salarié est licencié mais n'a pu encore prendre tous ses droits en congés : il ne pourra exiger de prendre son reliquat de congés pendant le préavis. Inversement, l'employeur ne pourra l'y contraindre et devra verser une indemnité compensatrice de congés payés non pris.

Toutefois, l'employeur et le salarié peuvent convenir de prolonger le préavis d'autant.

D'ailleurs, sur un plan général, en matière de rupture du contrat de travail, les deux parties ont intérêt à fixer les conditions d'un accord. « Un bon accord vaut mieux qu'un mauvais procès. »

Quelle conséquence découle d'une faute grave en cas de préavis ?

Si le salarié commet une faute grave en cours de préavis, ou si l'employeur en a connaissane au cours du préavis, celui-ci peut être interrompu, et après le respect d'une procédure de licenciement pour faute grave

après mise à pied conservatoire immédiate, l'employeur pourra ne pas rémunérer le préavis restant à courir. Toutefois en cas de dispense d'exécuter le préavis, l'indemnisation lui est acquise (Cass. Soc. 14.11.2000 n° 98-43.989).

Que faire, si le préavis n'était pas effectué par le salarié ?

Si un salarié, ayant démissionné, n'effectuait pas son préavis, ou ne l'effectuait pas complètement, il risquerait :

– que son employeur retienne sur son solde de compte les salaires correspondant au préavis non effectué ;
– que son Employeur demande au Conseil des Prud'hommes des dommages et intérêts supplémentaires pour le préjudice qui en est résulté pour lui.

En cas de faute grave, peut-il y avoir un préavis rémunéré ?

Selon une jurisprudence constante, l'employeur qui laisse le salarié exécuter son préavis, ne peut plus invoquer de faute grave (Cass. Soc. 15.05.1991 n° 87-42.473).

Par contre « le seul fait que l'employeur ait décidé de verser au salarié une somme équivalente à l'indemnité compensatrice de préavis, ne peut le priver du droit d'invoquer une faute grave » (Cass. Soc. 02.02.2005 n° 02-45.748 P + B).

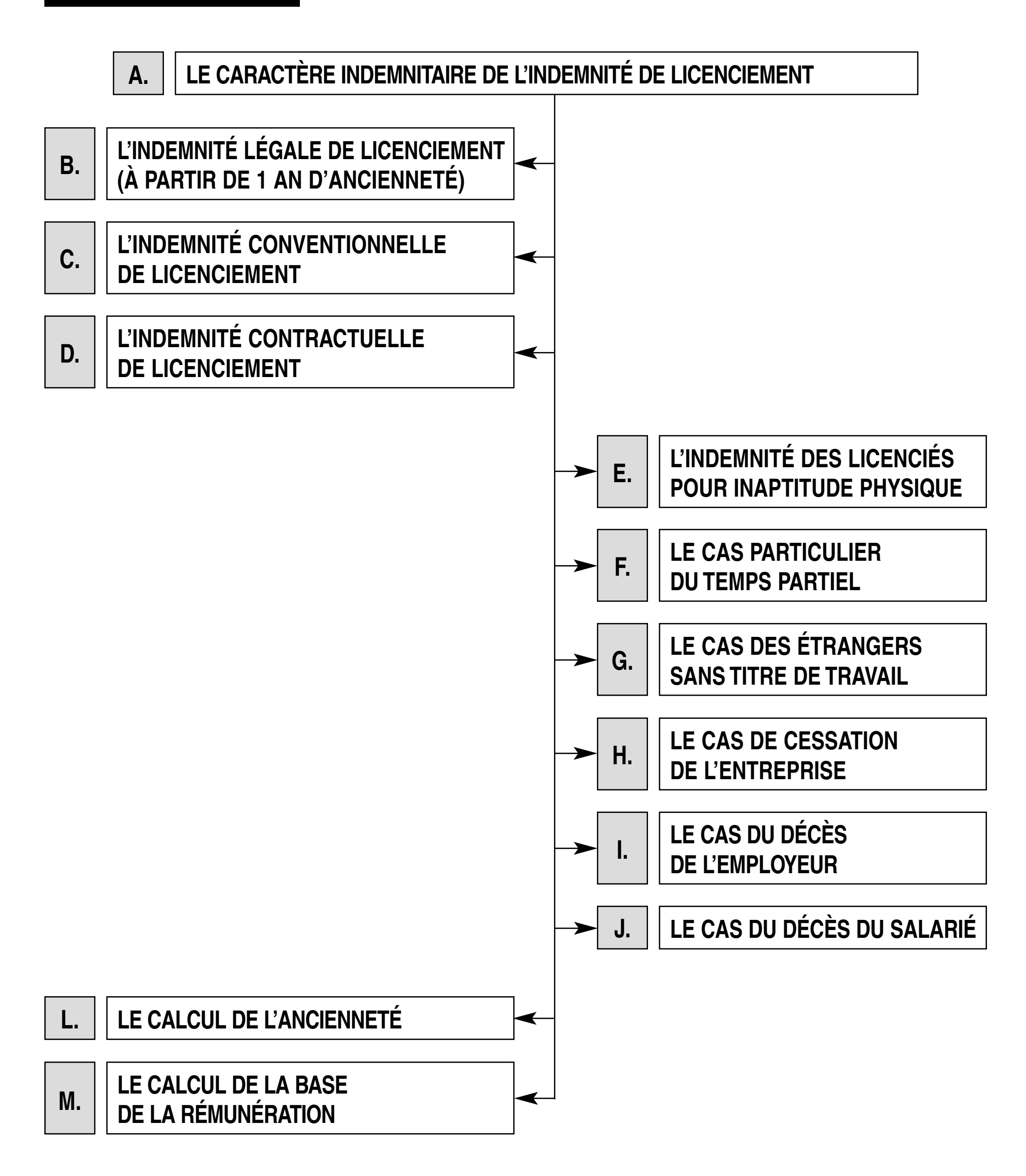
Un salarié ayant moins de 6 mois d'ancienneté a-t-il droit à un préavis ?

Non précise la Cour de cassation, sauf disposition conventionnelle ou usage plus favorable (Cass. Soc. 25.01.2005, R.J.S. 4/05 n° 378).

XXVI

LES INDEMNITÉS DE LICENCIEMENT

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

Le licenciement, s'il n'est pas justifié par une faute grave ou lourde, ouvre droit à une indemnité de licenciement pour le salarié remplissant les conditions d'ancienneté requise résultant de la loi, de la Convention collective ou de son contrat de travail.

Art. L. 1234-9 du C.T. : « *Le salarié titulaire d'un C.D.I., licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement* ».

Cette indemnité ayant le caractère de dommages et intérêts, de réparation de préjudice, n'est pas soumise aux charges sociales et à l'Impôt sur le revenu.
Par contre, elle est saisissable et cessible en totalité en application des règles de droit commun.

Distinguons bien deux calculs d'ancienneté :
– pour le droit ou non à une indemnité de licenciement, il faut se placer à la date où celui-ci est notifié (Cass. Soc. 06.02.2008, R.J.S. 4/08 n° 421) ;
– pour le calcul de l'ancienneté servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement, la date à retenir est celle de la fin du préavis, même si celui-ci n'est pas effectué, mais simplement rémunéré.

A. LE CARACTÈRE INDEMNITAIRE DES INDEMNITÉS DE LICENCIEMENT

Une indemnité de licenciement n'est pas la contrepartie directe d'une prestation de travail.
Elle répare le préjudice subi par le salarié de fait de la rupture de son contrat de travail par l'employeur.
Donc, elle ne constitue pas un salaire, et n'est donc pas soumise aux charges sociales patronales ou salariales, n'est pas imposable à l'I.R.P.P. (Impôt sur le Revenu des Personnes Physiques) pour le salarié.
Elle ne subit aucun prélèvement de C.S.G. ou C.R.D.S.

Aucun problème pour un arrondi, par exemple si l'Indemnité conventionnelle s'élève à 30 765 €, le contrôleur URSSAF admet généralement un arrondi à 30 800 €.

Si la somme versée en réparation de préjudice autre que financier dépasse largement l'indemnité conventionnelle, (ou légale à défaut), il faut recourir à la transaction ou la rupture conventionnelle.

B. L'INDEMNITÉ MINIMALE LÉGALE DE LICENCIEMENT (À PARTIR DE 1 AN D'ANCIENNETÉ)

La loi du 19.12.2001 avait distingué le montant de l'indemnité légale de licenciement pour motif économique et pour motif personnel.
La loi de modernisation sociale du 25.06.2008 a aligné ces deux indemnités. Cette nouvelle règle est applicable depuis le 20.07.2008.
En cas de licenciement, l'indemnité est passée de 1/10e à 2/10e de mois de salaire par année d'ancienneté, plus 2/15e de mois par année d'ancienneté au-delà de 10 ans (au lieu de 1/15e).

Donc, l'indemnité légale de licenciement est égale à 1/5e de mois par année d'ancienneté les 10 premières années, et à 1/3 de mois pour chaque année au-delà de 10 ans d'anclenneté.

Exemple :

Ancienneté	Ind. lic. en nombre de mois
1 an	0,2
5 ans	1
10 ans	2
13 ans	3
16 ans	4
19 ans	5
22 ans	6
25 ans	7
28 ans	8
etc.	

Naturellement, an cas d'année incomplète, le calcul s'opère au prorata.

Le salaire à prendre en considération pour le calcul de cette indemnité légale de licenciement est la plus favorable au salarié des 2 formules ci-après :
– le 12e des rémunérations brutes perçues pendant les 12 derniers mois précédant le licenciement :

– ou le tiers des salaires perçus pendant les 3 derniers mois. Naturellement les primes annuelles ou exceptionnelles versées durant les trois derniers mois, ne comptent qu'à leur prorata-temporis.

C. L'INDEMNITÉ CONVENTIONNELE DE LICENCIEMENT

Elle est toujours due si son montant, défini par la Convention collective applicable, est supérieur à celui de l'indemnité légale.

Attention, certaines conventions collectives n'ouvrent droit à une indemnité conventionnelle de licenciement qu'à partir de 2 ou 5 ans d'ancienneté. Dans ce cas à partir d'un an d'ancienneté, il convient d'accorder l'indemnité légale. L'indemnité conventionnelle s'y substituant dès que son montant dépasse l'indemnité légale.

Selon l'article R. 1234-5, il n'y a pas cumul entre l'indemnité légale et l'indemnité conventionnelle, c'est la somme la plus favorable au salarié qui l'emporte.

D. L'INDEMNITÉ CONTRACTUELLE DE LICENCIEMENT

La loi n'interdit pas de prévoir dans le contrat de travail :
– une indemnité de licenciement plus forte que celles qui sont évoquées aux § B, C et D ;
– une reprise d'ancienneté acquise chez un autre employeur ou dans un métier, servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement.

Toutefois, lorsque le montant est manifestement excessif, les juges du fond peuvent estimer qu'elle doit être réduite, car il s'agit d'une clause pénale (Cass. Soc. 17.03.1998, R.J.S. 5/98 n° 590, du 02.01.2005, R.J.S. 3/05 n° 269). Ceci en application de l'article 1152 du Code civil : *« Lorsque la convention précise que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ou moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite »*.

E. L'INDEMNITÉ DES LICENCIÉS POUR INAPTITUDE PHYSIQUE

Les salariés licenciés pour inaptitude physique bénéficient d'une indemnité de licenciement.

F. LE CAS PARTICULIER DU TEMPS PARTIEL

La multiplication des salariés employés à temps partiel, passant de 4 % en 1980 à près de 18 % en 2008 amène nombre de litiges. La règle est simple, l'indemnité de licenciement doit être calculée proportionnellement à chacune de ces périodes en application de l'article L. 3123-13 du C.T. Exemple : mi-temps à 750 € par mois depuis 5 ans, si le salarié avait travaillé 10 ans à temps plein, prendre 1/3 sur 750 € de base et 2/3 sur 1 500 € de base.

Art. 3123-12 : *« Pour la détermination des droits à l'ancienneté, la durée de celle-ci est décomptée pour le salarié à temps partiel comme s'il avait été occupé à temps complet, les périodes non travaillées étant prises en compte en totalité »*.

Art. 3123-13 : *« L'indemnité de licenciement et l'indemnité de départ à la retraite du salarié ayant été occupé à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise est calculée proportionnellement aux périodes d'emploi accomplies selon l'une ou l'autre de ces deux modalités depuis leur entrée dans l'entreprise »*. (Comprenons « dans le Groupe » pour les groupes).

G. LE CAS DES ÉTRANGERS SANS TITRE DE TRAVAIL

Le salarié embauché irrégulièrement, et dont le contrat est rompu doit recevoir une indemnité de licenciement forfaitaire égale à un mois de salaire :
- sauf s'il a plus de deux ans d'ancienneté, auquel cas, il doit percevoir l'indemnité légale ;
- sauf en cas de dispositions conventionnelles plus favorables.

H. LE CAS DE CESSATION DE L'ENTREPRISE

Celle-ci ne dispense pas l'employeur :
- de verser l'indemnité de licenciement due (art. L. 1234-10 du C.T.) ;
- de respecter le préavis, ne serait-ce qu'en rémunérant un préavis non effectué (art. L. 1234-7).

Le décès de l'employeur ne dispense pas l'entreprise, ou les héritiers du paiement de l'indemnité de licenciement et du préavis (Cass. Soc. 24.02. 1983 n° 80-41.779, 05.12.1989, R.J.S. 1990 n° 91).

I. LE CAS DU DÉCÈS DU SALARIÉ

Les héritiers ne peuvent percevoir l'indemnité de licenciement, sauf dans le cas où le salarié est décédé pendant son préavis (Cass. Soc. 01.02.1983 n° 80-41.766).

J. LE CALCUL DE L'ANCIENNETÉ

Sauf dispositions conventionnelles, l'ancienneté pour le droit ou non à l'indemnité de licenciement s'apprécie à la date où le licenciement est notifié que le préavis soit exécuté ou non.
Par contre pour le calcul du montant de l'indemnité de licenciement, il faut tenir compte de la date de fin du préavis, qu'il soit exécuté ou non.
Le point de départ de l'ancienneté est la date d'entrée dans l'entreprise :
- avec la reprise d'ancienneté en cas d'application de l'article L. 1224-1 du C.T. (ex : L. 122-12), en cas de modification de la situation juridique de la société (fusion, scission, absorption, filialisation, mutation à l'intérieur d'un Groupe de sociétés, reprise de marché...) ;
- avec la reprise de l'ancienneté du temps passé à l'étranger dans le Groupe (art. L. 1231-5 du C.T.) ;
- avec la reprise de l'ancienneté acquise dans une autre catégorie professionnelle (par exemple un non-cadre promu cadre) ;
- avec la reprise du temps travaillé à temps partiel qui compte intégralement (art. L. 3123-12 du C.T.) ;
- avec la reprise de l'ancienneté acquise pendant son contrat à durée déterminée qui s'est poursuivi par un contrat à durée indéterminée (art. L. 1243-11 du C.T.) ;

– avec la reprise de l'ancienneté acquise avant l'accomplissement de ses obligations nationales par un jeune réintégré à son retour ;
– avec la reprise de l'ancienneté acquise par un salarié qui s'est arrêté pour élever son enfant et qui a usé de sa priorité de réembauchage (art. R. 1225-18) ;
– avec la reprise à 50 % du temps passé par le salarié en congé parental d'éducation (art. L. 1225-54 du C.T.) ;
– en tenant compte des cas de suspension du contrat de travail considérés comme travail effectif (arrêt pour accident du travail, maladie professionnelle, congés payés et non congés sans solde, congé de formation, congé de maternité...) ;
– tenant compte d'une ancienneté professionnelle acquise avant l'entrée dans l'entreprise et qui aurait été reprise par contrat.

Par contre, l'ancienneté doit avoir été ininterrompue (Cass. Soc. 07.01.1988 n° 85-40.519). Ainsi, un salarié démissionnaire qui a été réembauché ne voit pas son ancienneté reprise, sauf naturellement disposition contractuelle ou conventionnelle plus favorable, et il y en a !

K. LE CALCUL DE LA BASE DE LA RÉMUNÉRATION

S'il existe une Convention collective, elle s'applique dans la mesure où elle est plus favorable que la loi.
À défaut, l'article 5 de l'accord interprofessionnel du 10.12.1977 impose de retenir le salaire moyen des douze derniers mois, dès lors qu'il se révèle supérieur à celui des trois derniers mois (Cass. Soc. 20.02.1996).
Une gratification entre dans le calcul de l'indemnité, mais seulement pour la partie venant en rémunération de la période de référence prise en compte (Cass. Soc. 10.10.1995, R.J.S. 11/95 n° 1126).
S'il y a eu du chômage partiel, ou un mi-temps thérapeutique, il faut recomposer le salaire qu'aurait perçu le salarié, en fait qu'il avait perçu avant son travail à temps partiel (Cass. Soc. 05.05.1988 n° 85-45.334).
S'il y a eu des indemnités journalières versées pendant la période de référence, elles entrent dans l'assiette du calcul (Cass. Soc. 19.06.1979 n° 77-41.664).
Dans les professions ayant une caisse de congés payés, les indemnités versées par la caisse entrent dans l'assiette de calcul.
Pour un expatrié, l'assiette de calcul de l'indemnité de licenciement doit inclure la totalité du salaire d'expatriation (hors frais ou indemnité compensatrice de coût de la vie), (Cass. Soc. 25.10.2004 n° 02-40.648 P + B).

Pour les salariés rémunérés par des pourboires, versés directement par la clientèle et non centralisés par l'employeur, la base à retenir est le salaire minimum professionnel garanti par la Convention collective, et à défaut de convention, sur la base du SMIC.

Pour un salarié en longue maladie, il y a lieu de retenir le salaire brut correspondant à l'horaire de travail de l'établissement précédant le licenciement (Cass. Soc. 19.06.1988 n° 77-41.664)

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Ils sont très nombreux et portent principalement sur le non-paiement de l'indemnité, sur un mauvais calcul de cette indemnité, ou sur la demande de dommages et intérêts, le salarié estimant que son préjudice est plus fort que celui compensé par l'indemnité de licenciement qu'il a perçu.

QUESTIONS / RÉPONSES

Peut-on payer une indemnité de licenciement avant la fin d'un préavis non exécuté ?

Rien ne l'interdit, mais rien n'oblige l'employeur. Dans ce cas, elle doit être calculée sur l'ancienneté acquise à la fin du préavis non exécuté, et non à la date du paiement.

Les VRP ont-ils droit à une indemnité de licenciement ?

Ils bénéficient des indemnités spécifiques telles que l'indemnité de clientèle prévue par le Code du Travail art. L. 7313-13 à 16, ou l'indemnité spéciale de rupture prévue par l'article L. 7313-17.

En cas de faute lourde, quelles indemnités sont supprimées ?

En cas de licenciement pour faute lourde (il faut l'intention de nuire), le salarié ne perçoit :
– ni une indemnité de licenciement ;
– ni une indemnité de préavis non effectué, (faute lourde implique départ sans préavis) ;
– ni une indemnité des congés payés non pris acquis depuis le début de la dernière période de référence. Par contre les congés payés acquis avant la nouvelle période de référence et qui n'avaient pas encore été pris, doivent être rémunérés.

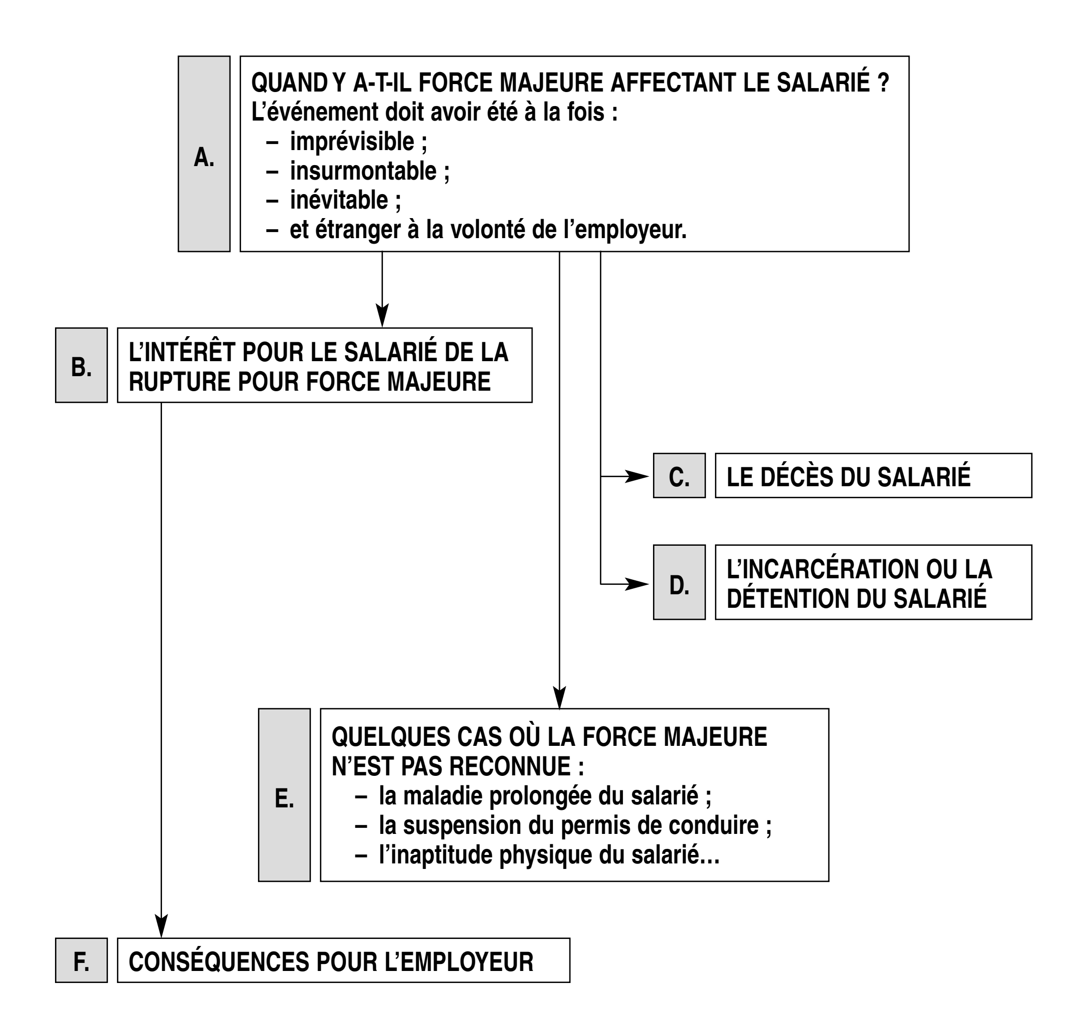
HUITIÈME PARTIE

RUPTURE POUR FORCE MAJEURE, RÉSILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL ET RUPTURE D'UN CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

XXVII

LA RUPTURE POUR FORCE MAJEURE EN LA PERSONNE DU SALARIÉ

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. QUAND Y A-T-IL FORCE MAJEURE AFFECTANT LE SALARIÉ ?

Pour qu'un événement constitue une force majeure affectant le salarié, il convient que cet événement ait été à la fois :

- imprévisible (son décès, son incarcération) ;
- inévitable et irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat. Le motif que la rupture serait plus onéreuse, plus longue ou plus difficile ne peut être accepté comme force majeure (Cass. Soc. 12.02.2003 n° 409, R.J.S. 4/03 n° 445) ;
- insurmontable ;
- et enfin étranger à la volonté de celui qui l'invoque.

La charge de la preuve appartient à celui qui l'invoque, et il devra prouver qu'il n'avait pu prévoir cet événement, qu'il n'a pu l'éviter ni le surmonter, et qu'il n'avait aucune responsabilité dans la survenance dudit événement.

En pratique, ne peut constituer un cas de force majeure qu'un événement ayant entraîné une impossibilité absolue et durable de poursuivre l'exécution du contrat de travail (Cass. Soc. 02.12.1992 n° 89-44.620).

Pratiquement, la force majeure devrait permettre à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture du contrat de travail.

Chacun comprendra que la jurisprudence est de plus en plus restrictive.

Par exemple, la destruction totale des locaux consécutive à un sinistre ou un ouragan, ne peut justifier une rupture des contrats pour force majeure, si la reprise de l'activité après travaux est possible, fut-ce après une longue interruption (Cass. Soc. 7.12.2005 n° 2674, R.J.S. 2/06 n° 201). En effet, le côté insurmontable n'est pas rempli (il y a le chômage partiel), et dans certaines régions (DOM par exemple), l'ouragan n'est pas imprévisible. Pareillement l'inondation ayant détruit les locaux n'est pas imprévisible dans une vallée inondée en moyenne tous les 10 ou 30 ans.

B. L'INTÉRÊT POUR LE SALARIÉ DE LA RUPTURE POUR FORCE MAJEURE

L'article 1147 du Code civil exonère de toute responsabilité celui qui n'exécute pas ses obligations contractuelles, toutes les fois où il peut justifier que cette inexécution provienne d'une cause étrangère et qui ne peut lui être imputée. Lorsque la force majeure affectant le salarié est reconnue, elle peut emporter rupture du contrat de travail sans que celle-ci soit imputable à l'une ou l'autre des parties. Le salarié est alors dispensé de respecter ou de payer le préavis, et la rupture de son fait ne peut ouvrir droit à dommages et intérêts pour l'employeur.

C. LE DÉCÈS DU SALARIÉ

Il s'agit bien d'un événement caractérisant la force majeure, même s'il s'agit d'un suicide, l'obstacle est imprévisible et insurmontable.

L'employeur n'a pas à verser d'indemnité de licenciement, et naturellement, il ne peut retenir le préavis non effectué.

Par contre, il doit verser à la succession :

- les primes, indemnités compensatrices de congés payés ou R.T.T., rémunérations et salaires, dus jusqu'au décès ;
- les indemnités éventuellement prévues par une Convention collective ou le contrat de travail.

En cas de décès pendant le préavis, l'indemnité de licenciement est due, mais pas le préavis qui restait à courir, sauf en cas de dispense d'exécuter le préavis qui est alors intégralement dû (Cass. Soc. 26.11.2002 n° 00-41.764). L'indemnité doit être payée à la succession.

Il a été jugé que le décès d'un acteur n'a pu justifier le licenciement pour force majeure de sa partenaire (Cass. Soc. 12.02.2003).

D. L'INCARCÉRATION OU LA DÉTENTION DU SALARIÉ

L'arrestation ou la garde à vue du salarié ne constitue pas, en soi, un cas de force majeure (Cass. Soc. 15.10.1996 n° 93.668).

L'incarcération, quelle que soit sa durée, pour des faits survenus hors du travail et sans rapport avec l'activité professionnelle non plus.

– Le contrat de travail d'un salarié incarcéré n'est que suspendu.
– Il ne peut prendre fin du seul fait de l'incarcération ou de l'emprisonnement.
– Il appartient au salarié de prévenir son employeur (incarcération sans autre détail), de la durée prévue de son absence, même si celle-ci sera de courte durée. Sinon son licenciement est justifié (Cass. Soc. 30.04.1987 n° 84-42.554).

Seule la détention déjà prononcée et prolongée était dans le passé un cas autorisant la rupture du contrat de travail par l'employeur pour force majeure. Depuis la Cour de cassation a précisé que la situation résultant de l'incarcération du salarié ne constituait pas un cas de force majeure (Cass. Soc. 26.02.2003 n° 01-40.255).
La prise d'acte de la rupture du contrat par l'employeur s'est analysée comme dépourvue de cause réelle et sérieuse.

Par deux autres arrêts du 24.04.2001 (n° 98-43.814) et 17.07.2001 n° 99-42.223), la Cour a jugé également abusive et dépourvue de cause réelle et sérieuse la rupture du contrat de travail d'un salarié, motivée par le seul constat de son incarcération. En fait, les faits l'ayant conduit en prison étaient étrangers à son travail.

– En pratique, l'employeur doit opter pour la procédure de licenciement, s'il veut rompre le contrat.

Attention : pour un salarié protégé, l'autorisation administrative doit être demandée, et le cas échéant la procédure respectée. (Cass. Soc. 19.12.1990).

E. QUELQUES CAS OÙ LA FORCE MAJEURE NE PEUT ÊTRE INVOQUÉE

– La maladie qui se prolonge, l'employeur ne peut invoquer la force majeure, il peut par contre procéder à un licenciement sous certaines conditions (voir chap. XVI).
– L'inaptitude physique du salarié, qu'elle soit d'origine professionnelle ou pas. Depuis l'arrêt du 29.11.1990, la force majeure ne peut plus être retenue (voir chap. XV).
– La suspension du permis de conduire.
– Le désir du salarié de soigner un proche parent (Cass. Soc. 03.05.1973). Le salarié ne peut invoquer la force majeure, dans cet événement où c'est sa volonté qui domine, il doit son préavis.

F. CONSÉQUENCES POUR L'EMPLOYEUR DE LA RUPTURE POUR FORCE MAJEURE DU FAIT DU SALARIÉ

L'employeur est libéré de son obligation de respecter le préavis (délai-congé), et donc de verser une indemnité compensatrice de préavis, et il ne doit pas l'indemnité de licenciement (art. L.1234-13).

Par contre, l'employeur doit verser l'indemnité compensatrice des congés payés acquis et non pris.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Ils sont rares et portent surtout sur l'incarcération.

QUESTIONS / RÉPONSES

Le retour anticipé d'un salarié en congé parental permet-il à l'employeur de rompre le C.D.D. qui le remplaçait ?

Non, ceci ne constitue pas un cas de force majeure, car ce n'était pas « imprévisible ». Donc, la rupture d'un C.D.D. conclu avec terme précis, et motivé par le congé parental, ne peut être rompu par l'employeur qui doit dès lors être condamné à compenser les rémunérations que le salarié sous C.D.D. aurait perçues jusqu'au terme du contrat (Cass. Soc. 08.11.1995 n° 4 198). En pratique, l'employeur aurait dû conclure le C.D.D. sans terme précis, par exemple : « pendant l'absence pour congé parental de Madame… ».

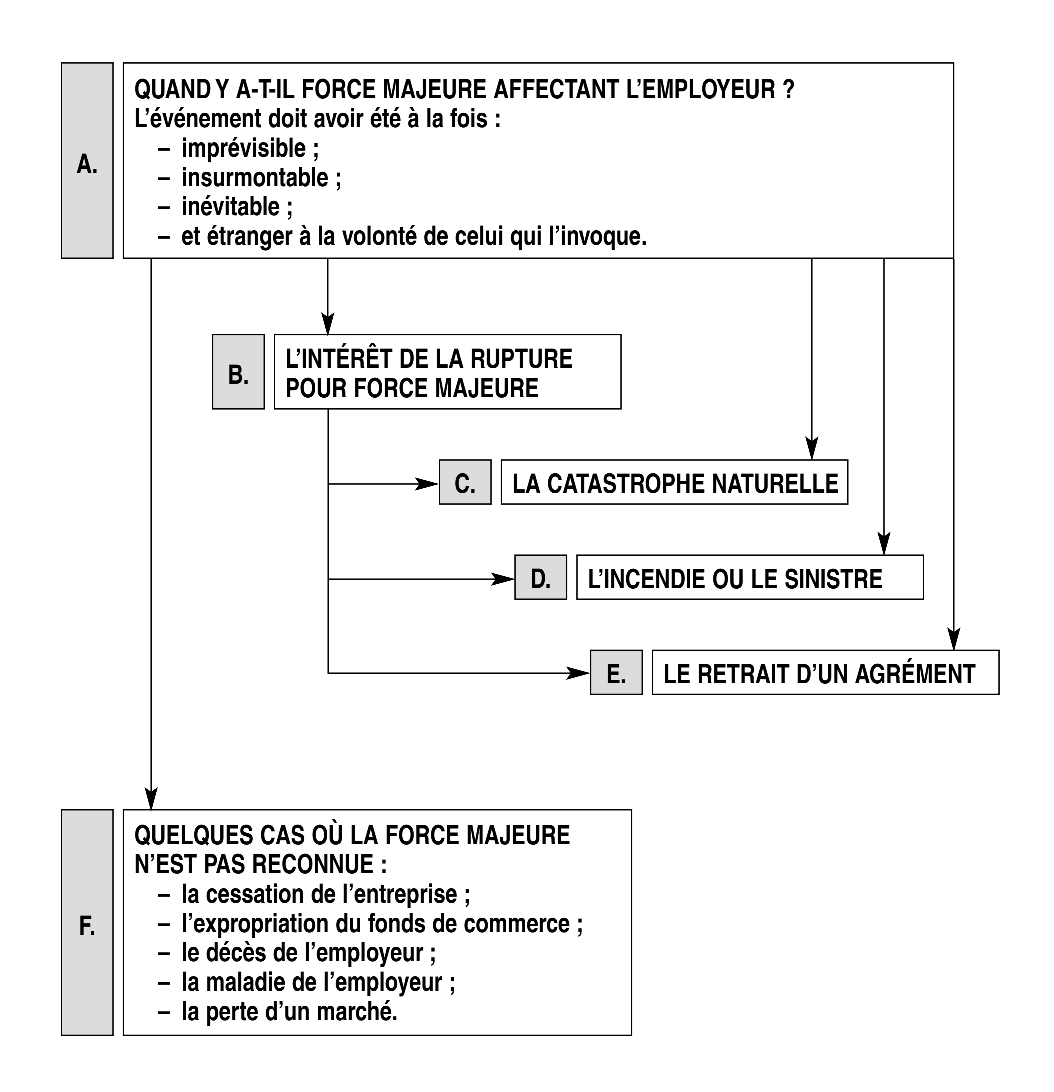
L'incarcération pendant un préavis dispense-t-elle l'employeur d'indemniser le préavis non effectué ?

Oui, précise la Cour de cassation (06.03.1980 n° 78-40.491).

XXVIII

LA RUPTURE POUR FORCE MAJEURE AFFECTANT L'EMPLOYEUR

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. QUAND Y A-T-IL FORCE MAJEURE AFFECTANT L'EMPLOYEUR ?

Pour qu'un événement constitue une force majeure affectant l'entreprise ou l'employeur, il convient que cet événement ait été à la fois :

- imprévisible (cyclone, cataclysme, bombardement...) ;
- inévitable (cataclysme naturel) ;
- insurmontable ;
- et enfin étranger à la volonté de celui qui l'invoque.

La charge de la preuve appartient à l'employeur qui devra prouver qu'il n'avait pu prévoir cet événement, qu'il n'a pu l'éviter ni le surmonter, et qu'il n'avait aucune responsabilité dans la survenance dudit événement.

B. L'INTÉRÊT DE LA RUPTURE POUR FORCE MAJEURE

L'article 1147 du Code civil exonère de toute responsabilité celui qui n'exécute pas ses obligations contractuelles, toutes les fois où il peut justifier que cette inexécution provienne d'une cause étrangère et qui ne peut lui être imputée. Lorsque la force majeure affectant l'entreprise est reconnue, elle peut emporter rupture du contrat de travail sans que celle-ci soit imputable à l'employeur. L'employeur est alors dispensé de respecter ou de payer le préavis et l'indemnité de licenciement.

On comprend dès lors pourquoi la Cour de cassation est de plus en plus réticente à admettre la rupture pour force majeure. d'autant plus que depuis quelques années se sont développés des systèmes de protection contre la perte temporaire d'emploi (chômage partiel, Chômage intempéries, Temps réduit Indemnisé de Longue Durée).

C. LA CATASTROPHE NATURELLE

C' est le cas de l'inondation, du cyclone, du tremblement de terre, du typhon, du barrage public qui s'écroule provoquant des inondations, de la tornade ou de l'ouragan détruisant tout, etc.

Mais il faut que l'événement ait été imprévisible par l'employeur.

Par exemple, il a été jugé que l'inondation d'une usine n'avait pas constitué un cas de force majeure, car celle-ci avait été construite dans une plaine régulièrement inondée lorsque la rivière sortait de son lit (Cass. Soc. 19.05.1988 n° 86-41.948), et peu importe qu'il y ait eu permis de construire. Nos anciens construisaient sur les pentes, au-dessus des zones inondables...

Par contre, on trouve un arrêt en sens inverse qui a reconnu comme justifiant la force majeure l'éruption de la Soufrière à la Guadeloupe, alors que la clinique était construite sur le flan du volcan et qu'une partie de son activité ait été transférée ailleurs dans le département (Cass. Soc. 19.11.1980. n° 78-41.574).

Les intempéries ayant arrachée les bâches de protection d'un spectacle en plein air ne peuvent constituer un cas de force majeure imprévisible (Cass. Soc. 16.01.1990. n° 87-45.675). De même, des gelées tardives, même classées calamités agricoles, ne sont pas imprévisibles (Cass. Soc. 25.10.1995 n° 93-40.866).

Enfin, l'absence de neige dans une station de sport d'hiver ne peut être qualifiée d'imprévisible (Cass. Soc. 15.02.1995 n° 91-43.905).

D. L'INCENDIE OU LE SINISTRE

Si l'incendie a détruit une usine, ou simplement un secteur de cette usine, la force majeure pourra être invoquée (Cass. Soc. 22.05.1995 n° 91-40.767 et 24.10.1989 n° 86-44.029).

Mais à condition que l'employeur apporte la preuve qu'il avait pris toutes les mesures de sécurité recommandées (Cass. Soc. 05.01.1983 n°80-41.379 ou 03.12.1975 n°74-40.355). L'incendie entraînant la fermeture, alors que l'employeur n'avait pas pris en temps utile les mesures de protection qui lui avaient été recommandées, ont fait juger que dans ce cas, le caractère « inévitable » était absent, le sinistre aurait pu être évité (Cass. Soc. 07.03.1985 n° 83.45.689).

Dans une autre affaire célèbre, il a été jugé que c'était le délabrement des bâtiments qui avait entraîné la destruction des installations. Il ne pouvait dès lors pas avoir force majeure, car le délabrement était visible et donc l'événement prévisible (Cass. Soc. 23.05.1979. n° 77-41.368 et 20.12.1989 n° 82-45.183).

Par contre, un incendie n'entraînant qu'une impossibilité momentanée et partielle de continuer l'exploitation, ne constitue pas un cas de force majeure (Cass. Soc. 24.10.1989 n° 86-44.029).

Ainsi, il ne suffit pas qu'un événement rende plus difficile ou plus onéreux le travail, il faut qu'il ait rendu totalement impossible son exécution. Dans un arrêt (Cass. Soc. 27.06.2000 n° 3038, R.J.S. 10/00), la Haute Cour a jugé qu'après un incendie détruisant l'usine, le fait invoqué par l'employeur qui reposait sur l'incertitude sur sa possibilité de recréer l'outil de travail, accentuée par les divergences de vue entre les associés sur la dissolution ou non de la SARL, ne présentait pas les caractéristiques de la force majeure. Dès lors, l'employeur a été condamné à régler les indemnités de rupture, le préavis et une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Pour parachever cette évolution jurisprudentielle, et après l'émotion suscitée par la terrible explosion de l'usine AZF de Toulouse, la loi du 17.01.2002 a ajouté un article L. 122-9-1 dans le Code du Travail. Il précise que lorsque la force majeure résulte d'un sinistre, les salariés ont droit à une indemnité dont le montant est égal à l'indemnité de licenciement majorée de l'indemnité compensatrice de préavis.

Enfin, l'incendie ayant détruit l'établissement, ne remplit pas la condition d'irrésistibilité, dès lors que l'entreprise conserve trois locaux d'exploitation à proximité. La rupture des contrats de travail s'est donc analysée comme sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 6.02.2002 n° 99-40.127).

Enfin, depuis la loi de modernisation sociale de 2002, l'art. L.1234-13 du C.T. stipule : *« Lorsque la rupture du contrat de travail à durée indéterminée résulte d'un sinistre relevant de force majeure, le salarié a droit à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui qui aurait résulté de l'application des articles L. 1234-5, relatif à l'indemnité compensatrice de préavis, et L. 1234-9, relatif à l'indemnité de licenciement. Cette indemnité est à la charge de l'employeur »*.

De même, le nouvel article L.1243-4 du C.T. précise que le salarié dont le C.D.D. est rompu avant l'échéance du terme pour cause de force majeure résultant d'un sinistre a droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat.

E. LE RETRAIT D'UN AGRÉMENT

Le retrait d'un agrément ministériel pour un casino constitue un cas de force majeure (Cass. Soc. 7.05.2002 n° 00-42.370).

Il en va de même dans le cas où une ordonnance de référé ordonne à l'employeur de procéder à la démolition des éléments subsistants d'un immeuble incendié par un tiers, alors que toute exploitation a cessé sans qu'aucune faute ne puisse être reprochée à l'employeur (Cass. Soc. 27.02.2008, R.J.S. 10/08 n° 1059).

F. QUELQUES CAS OÙ LA FORCE MAJEURE N' EST PAS RECONNUE

La cessation d'activité de l'entreprise

Art. L. 1234-12 : « *La cessation de l'entreprise pour cas de force majeure, libère l'employeur de respecter le préavis et de verser l'indemnité de licenciement prévue à l'article 1234-9* ».

La cessation de l'entreprise

La cessation de l'entreprise ne constitue pas, en soi, un cas de force majeure permettant à l'employeur de se dispenser du paiement des indemnités de rupture (Cass. Soc. 24.04.1980 n° 78-41.601 et 16.11.1995 n° 94-41.614), sauf si ce sont les circonstances de cette cessation qui ont le caractère de la force majeure (30.05.1990 n° 87-42.226).

L'employeur ne pourrait se dispenser de verser les indemnités de préavis, de congés payés et de licenciement, en invoquant la force majeure, que si cette cessation était due à un événement présentant les quatre caractères de la force majeure (sinistre, incendie, cataclysme...) (Cass. Soc. 24.04.1980 n° 78-41.601). Ainsi a été refusée comme justifiant la force majeure, la cessation de la Compagnie aérienne ex-yougoslave JAT à la suite de la décision de l'O.N.U. du 30.05.1992 (Cass. Soc. 04.06.1996).

Mais si l'arrêt de l'exploitation est de courte durée, il n'y aura pas force majeure, par exemple incendie ayant entraîné 2 mois de travaux, ou arrêt d'un chantier de plantation pour sécheresse sur décision de la D.D.E. (Cass. Soc. 17.05.2000).

L'arrêt d'une usine pour inondation, alors que la rivière sortait régulièrement de son lit, n'était pas imprévisible (Cass. Soc. 19.05.1988).

L'interdiction de poursuivre une activité de carrière édictée par une autorité administrative, ne pouvait être imprévisible puisque son autorisation d'exploitation avait été donnée à titre précaire et révocable (Cass. Soc. 21.01.1987).

Enfin, la baisse d'activité en raison de la diminution de la clientèle ne peut constituer une force majeure (Cass. Soc. 6.02.2001).

L'incarcération de l'employeur

Celle-ci n'a pas le caractère de force majeure, car elle est non-étrangère à la volonté ou l'attitude de l'employeur (Cass. Soc. 05.05.2004 n° 03-10.010.P).

L'expropriation du fonds de commerce

En effet, le choix de ne pas poursuivre son exploitation ailleurs relève de la volonté de l'employeur (Cass. Soc. 22.06.1994).

L'arrêt d'un conflit armé plus rapidement que prévu

Dans le même sens, les C.D.D. conclus pour plusieurs mois avant le déclenchement de la guerre du Golfe par une entreprise d'armement, ne peuvent être rompus pour cas de force majeure du fait de la durée du conflit armé beaucoup plus courte que prévue par la presse et les hommes politiques. Il n'était pas « imprévisible » pour l'employeur de prendre en compte cette éventualité.

Le décès ou l'internement de l'employeur

S'il s'agit d'une entreprise employant du personnel, le décès ou l'internement du dirigeant n'interdit pas la poursuite de son activité, donc la force majeure ne peut être invoquée (Cass. Soc. 31.03.1994 n° 90- 42.976 ou 26.10.1996 n° 93-43.634). En effet, les successeurs du défunt peuvent poursuivre l'activité. Tel est également le cas du décès du réalisateur David Lean le 15 avril 1992, la Cour de cassation a estimé qu'à 83 ans, il n'était pas « imprévisible » qu'un décès survienne à un réalisateur qui était de plus, en mauvaise santé (Cass. Soc. 29.10.1996 n° 93-43.634).

Mais il en va de même pour un employeur dans le cas d'une entreprise unipersonnelle. De nombreux arrêts en ce sens (Cass. Soc. 16.11.1977 n° 76-40.477 ou 15.12.1982 n° 80-40.044, 14.03.1989 n° 85-46,331).

Enfin, tel est même le cas du décès d'un particulier employant une femme de ménage (Cass. Soc. 09.03.1989 n° 85-46.331). Les héritiers devront les indemnités de rupture après avoir respecté la procédure de licenciement économique pour suppression de poste. Seule leur renonciation à la succession peut les exonérer.

Bref, en cas de décès de l'employeur ou de son internement, la société doit verser l'indemnité de licenciement et l'indemnité compensatrice de préavis.

La maladie de l'employeur

À plus forte raison la maladie, même prolongée, de l'employeur, ne peut constituer un cas de force majeure, par contre elle pourrait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, mais avec le respect de la procédure de licenciement pour motif économique (suppression de poste), et le paiement des indemnités de rupture (C.A. Grenoble 25.03.1986 ou Nancy 16.01.1991).

La perte d'un marché

La perte d'un marché ne peut jamais constituer un cas de force majeure, car c'est un événement qui pourrait arriver, et qui est donc « prévisible ».

La cessation d'activité de l'entreprise

Art. L. 1234-7 : *« La cessation de l'entreprise ne libère pas l'employeur de l'obligation de respecter le préavis »*.
Art. L. 1234-10 : *« La cessation de l'entreprise ne libère pas l'employeur de l'obligation de verser, s'il y a lieu, l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9) »*.
Il s'agit de l'indemnité légale ou, si elle est plus favorable, de l'indemnité conventionnelle.
Art. L. 1234-12 : *« La cessation de l'entreprise pour cas de force majeure libère l'employeur de l'obligation de respecter le préavis et de verser l'indemnité de licenciement »*.

Elle constitue un motif économique de licenciement, dans le seul cas où cette cessation n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable (Cass. Soc. 16.01.2001 n° 114 P + B et 10.05.2005 n° 1067).
Fut accepté comme force majeure :
– l'incendie ayant détruit totalement l'entreprise (Cass. Soc. 27.04.1989) ;
– le cyclone ayant dévasté complètement une exploitation (Cass. Soc. 04.01.1984) ;
– l'incendie d'origine criminelle, où l'employeur n'était pour rien et qui avait tout détruit (Cass. Soc. 20.12.1989).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Il y en a, pour contester la force majeure, et constatons que les juges sont fort réticents à admettre que les quatre caractères de la force majeure sont tous réunis ensemble (cf. § A).

QUESTIONS / RÉPONSES

Le transfert de l'activité d'un établissement affecté par un incendie dans un autre établissement, constitue-t-il un cas de force majeure ?

Non, car il conduit à surmonter le caractère « insurmontable » nécessaire pour justifier de la force majeure (Cass. Soc. 03.03.1993 n° 89-42.272).

L'employeur peut-il rompre un C.D.D. en cas de refus par l'Administration de conclure une convention ?

Non, tel est le cas d'un arrêt de cassation du 20.02.1996 où les difficultés financières et de fonctionnement de l'entreprise résultaient de l'impossibilité de conclure des conventions de travail avec les pouvoirs publics qui avaient refusé un contrat en alternance d'un jeune.

XXIX

LA RUPTURE POUR FORCE MAJEURE « DU FAIT DU PRINCE »

VUE D'ENSEMBLE

A. **QUAND Y A-T-IL FORCE MAJEURE « DU FAIT DU PRINCE » ?**
Il y a force majeure du fait du prince si l'événement a été décidé par une puissance publique étrangère, et qu'il est à la fois :
- **imprévisible ;**
- **inévitable ;**
- **insurmontable ;**
- **et étranger à la volonté ou au comportement de l'employeur ou du salarié.**

B. **L'INTÉRÊT DE LA RUPTURE POUR FORCE MAJEURE**

→ **C.** **LE NON-RENOUVELLEMENT DU TITRE DE TRAVAIL D'UN ÉTRANGER**

→ **D.** **LE RETRAIT D'UN AGRÉMENT ADMINISTRATIF**

→ **E.** **LE FAIT DU PRINCE ÉTRANGER**

F. **LES CAS OÙ IL N'Y A PAS FORCE MAJEURE « DU FAIT DU PRINCE »**

Salariés protégés :
C'est un des rares cas où l'employeur n'est pas tenu de respecter la procédure spéciale.
Pas de paiement du préavis.
Pas de paiement de l'indemnité de licenciement.
Mais paiement de l'indemnité de congés non pris.

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. QUAND Y A-T-IL FORCE MAJEURE « DU FAIT DU PRINCE ? »

Le fait du prince est une intervention publique ou un acte de l'administration qui rend impossible pour l'un ou l'autre co-contractant, l'exécution du contrat de travail conclu. Elle est donc étrangère aux parties.
Lorsque les quatre caractères de la force majeure sont réunis, c'est-à-dire à la fois :

- imprévisible (son décès, son incarcération) ;
- inévitable et irrésistible ;
- insurmontable ;
- et enfin étranger à la volonté de celui qui l'invoque ;

ceci entraîne la rupture du contrat sans préavis ni indemnité.
Chacun comprendra combien la jurisprudence est de plus en plus réticente.
Mais, si la décision administrative est en relation, même légère, avec le comportement de l'employeur, il ne peut y avoir de force majeure. Ainsi le non-renouvellement du titre de travail d'un étranger pour lequel l'employeur n'aurait pas procédé aux démarches s'analysera en un licenciement (Cass. Soc. 14.10.1997 n° 94-42.604).

B. L'INTÉRÊT DE LA RUPTURE POUR FORCE MAJEURE

L'article 1147 du Code civil exonère de toute responsabilité celui qui n'exécute pas ses obligations contractuelles, toutes les fois où il peut justifier que cette inexécution provient d'une cause étrangère et qui ne peut lui être imputée. Lorsque la force majeure résulte d'une décision de la puissance publique, elle peut entraîner rupture du contrat de travail sans que celle-ci soit imputable à l'employeur, si elle est imprévisible.
L'employeur est alors dispensé de respecter ou de payer le préavis et l'indemnité de licenciement.
Dès lors, on comprend aisément pourquoi la Cour de cassation est de plus en plus réticente à l'admettre.

C. LE NON-RENOUVELLEMENT DU TITRE DE TRAVAIL D'UN ÉTRANGER

Le refus de renouvellement du titre de travail d'un salarié étranger est une décision de la puissance publique qui constitue bien, dans la plupart des cas, un cas de force majeure « du fait du prince ».
Il faut que cette décision soit complètement étrangère à l'employeur.
Tel ne serait pas le cas si celui-ci n'avait pas fait diligence pour délivrer une attestation demandée.
Par contre, l'engagement d'un salarié pour une activité interdite par la loi et simplement tolérée jusque-là par l'administration constitue une faute de l'employeur.

D. LE RETRAIT D'UN AGRÉMENT ADMINISTRATIF

Le retrait par l'Administration d'un agrément administratif indispensable à l'activité de l'entreprise constitue un cas de force majeure (Cass. Soc. 05.05.1993. n° 90-41.639 ou 07.05.2002 n° 00-42.370).

L'application d'un arrêté municipal obligeant les exploitants de taxis, de conduire eux-mêmes leur véhicule (Tribunal Civil de Fréjus 19.05.1953).

E. LE FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

Le rapatriement d'expatriés pour fait de guerre, de terrorisme intégriste, d'expulsion des ressortissants d'un pays (sans qu'il y ait eu faute de leur part), de tensions faisant craindre pour leur vie, de non-renouvellement de leur autorisation de travail locale, le remplacement par des nationaux des ressortissants étrangers... peuvent constituer un cas de force majeure (Cass. Soc. 31.05.1990 n° 88-42.851).

F. LES CAS OÙ IL N'Y A PAS FORCE MAJEURE « DU FAIT DU PRINCE »

– **Une décision de l'Administration, en application de textes** législatifs ou réglementaires que les parties étaient censées ne pas ignorer.

Ainsi, le fait d'avoir engagé un salarié étranger sans ses titres de travail en Cours de validité, ou d'avoir engagé un salarié dans un emploi interdit, ne permettent pas à l'employeur de se libérer ultérieurement du contrat de travail de ce salarié pour des activités illicites, il doit alors le préavis et l'indemnité de licenciement.

– Le retrait du permis de conduire d'un salarié n'est pas « imprévisible », car chacun sait ce qu'il risque s'il ne respecte pas le code de la route (Cass. Soc. 19.11.1980 n° 79-40.294). Donc son licenciement n'est pas de plein droit, et il appartient aux parties de conclure pendant ce temps de retrait d'autres modalités d'emploi (qualification, rémunération, attribution d'un véhicule de fonction…)
– Le défaut d'habilitation d'un agent d'assurance dont la carte professionnelle a été retirée à la demande du Procureur de la République n'entraîne pas de plein droit la rupture du contrat de travail (Cass. Soc 16.12.1998 n° 96-41.904).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Bien que ces procès soient rares, ils se concentrent sur :

– la rupture pour non-renouvellement du titre de travail d'un étranger ;
– la rupture du contrat d'un expatrié du fait du prince étranger.

QUESTIONS / RÉPONSES

Y a-t-il force majeure, s'il y a suppression du motif d'embauche ?

Le motif d'embauche est propre aux contrats à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire. La jurisprudence refuse d'accepter la force majeure.

Exemple : un salarié est embauché, en été 1990, pour une commande destinée au Koweït ou à l'Irak. Bien que les événements du Golfe en 1990 constituaient une force majeure, le tribunal ne devrait pas accepter la rupture pour force majeure. Il appartient à l'employeur de tout prévoir dans le cas d'un contrat précaire.

Le retour précipité de salariés employés en Irak ou au Koweit après les événements du Golfe de l'été 1990 permet-il à l'employeur d'invoquer la force majeure ?

Sur le strict plan du droit du travail, oui certainement. Ces événements étaient bien le « fait du prince étranger », c'est-à-dire d'une autorité étrangère légitime, ils étaient bien imprévisibles, inévitables et insurmontables. d'ailleurs, l'ASSEDIC s'est prononcée pour une couverture. Notons que dans ces cas extrêmes, très peu d'employeurs invoquent ce cas de rupture lorsque les salariés sont encore retenus sur place contre leur gré. En revanche, les événements d'Iran ne furent pas reconnus comme imprévisibles en raison du climat prérévolutionnaire (C. app. de Toulouse 13.06.1980).

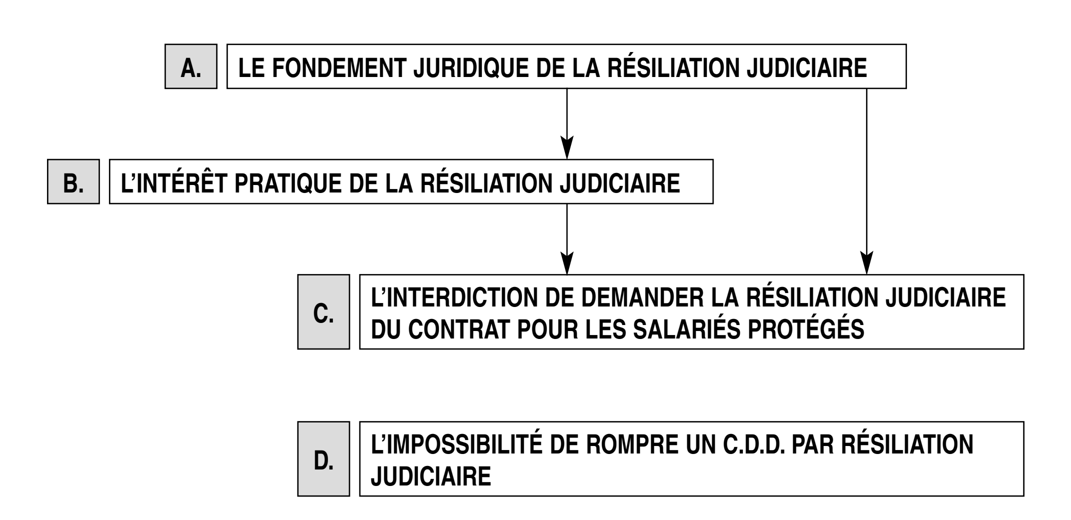
S'il y a faute d'une des parties au contrat, peut-il y avoir force majeure ?

Non, si l'employeur a commis une faute. Exemple : fermeture d'une discothèque ne respectant pas les règles relatives aux débits de boissons et pour trafic et usage de stupéfiants (C. app. de Metz 18.01.1989).
Non, si le salarié a commis une faute ; par exemple, une suspension du permis de conduire (cf. § A).

XXX

LA RÉSILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL (OU RÉSOLUTION JUDICIAIRE)

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA RÉSILIATION JUDICIAIRE

La résiliation judiciaire (ou résolution judiciaire) d'un contrat de travail repose sur l'article 1184 du Code civil qui permet à l'une des parties à un contrat synallagmatique* d'en demander la résiliation judiciaire en cas de non-respect de ses engagements par co-contractant.

« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques*, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement ; dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix :
- ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ;
- ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances» (art. 1184 du C.C.).

En pratique, l'action doit être portée devant le Conseil des Prud'hommes, elle n'implique pas la procédure de licenciement et est réservée à l'inexécution, ou l'exécution fautive, par l'une des parties des obligations découlant de son contrat de travail, même si celle-ci ne présente pas le caractère d'une faute grave (Cass. Soc. 09.04.1987).

Par exemple, le salarié pourrait demander la résiliation judiciaire en cas de modification unilatérale d'une clause essentielle de son contrat (Cass. Soc. 03.05.1989). Nous déconseillons aux employeurs, hors faute grave, et encore, de choisir ce mode de rupture généralement il convient d'opter pour le licenciement.

B. L'INTÉRÊT PRATIQUE DE LA RÉSILIATION JUDICIAIRE

Pour les employeurs, il est très limité, les juges considérant la plupart du temps que l'employeur n'avait qu'à respecter la procédure de licenciement

---

* **Synallagmatique** : se dit d'un contrat qui fait naître à la charge des parties des prestations réciproques. Tel est bien le cas d'un contrat de travail qui est un contrat à exécution successive.

prévue par les articles L.1231-1 et suivants du Code du Travail pour rompre un contrat à durée indéterminée (Cass. Soc. 13.03.2001, R.J.S. 5/01 n° 596 ou 05.07.2005 n° 03-45.058).

Impossible également pour un C.D.D. (Cass. Soc. 04.12.2001).
Bref, les employeurs sont exclus de ce recours, sauf les deux exceptions légales ci-après. Si l'employeur s'avisait d'opter pour ce mode de rupture, les juges estimeraient qu'il a pris l'initiative du licenciement ! (Cass. Soc. 5.07.2005 n° 03-45.058).

Exceptions :
– la rupture d'un contrat d'apprentissage, en cas de faute grave, de manquements répétés ou d'inaptitude de l'apprenti au métier concerné (art. L. 6222-18) ;
– la rupture anticipée d'un C.D.D. en cas d'inaptitude physique consécutive à un accident du travail (article L. 1226-20).

Pour les salariés, par contre, ils peuvent la demander en invoquant l'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles (Cass. Soc. 21.11.1979. n° 78-40.367), même s'il s'agit d'un salarié protégé, (Cass. Soc. 16.03.2005 n° 03-40.251).

La résiliation judiciaire demandée par le salarié et aux torts de l'employeur, produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 20.01.1998).
Mais il faut que les manquements reprochés à l'employeur soient d'une particulière gravité (Cass. Soc. 15.03.2005 n° 03-42.070), et c'est au juge d'en décider (arrêt du 15.03.2005 n° 03-41.555).
Par exemple, quelques arrêts de cassation :`
– non-versement du salaire (20.06.2006) ;
– diminuer notoirement l'activité du salarié à la suite de son refus du nouveau mode de rémunération proposé (22.03.2006) ;
– avoir réagit tardivement à la lettre d'une salariée se plaignant des agressions verbales de ses collègues (15.03.2005) ;
– avoir retiré ses fonctions à un salarié avant de le mettre à l'écart sans bureau et d'avoir persisté malgré les demandes de l'intéressé (24.01.2007) ;
– avoir privé le salarié de travailler en le privant de son moyen habituel de transport (10.05.2006), etc.

Par contre, si l'employeur considère que le salarié ne remplit pas ses obligations, il doit user de son pouvoir disciplinaire et prononcer le licenciement de l'intéressé (Cass. Soc. 09.03.1999). Il ne saurait être admis dorénavant en résiliation judiciaire, (Cass. Soc. 13.03.2001).

La résiliation judiciaire du contrat de travail prend effet au jour où le juge la prononce (Cass. Soc. 11.01.2007 n° 05-40.626 P + B).

Lorsque la résiliation judiciaire est prononcée par les juges aux torts de l'employeur, ceci produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 17.03.1998).

C. L'INTERDICTION DE DEMANDER LA RÉSILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT POUR LES SALARIÉS PROTÉGÉS

La protection des salariés contre le licenciement a un caractère exorbitant du droit commun. Après bien des controverses, la Chambre Sociale mixte entre la Cour de cassation et la Chambre criminelle a jugé que les règles de protection instituées au profit des salariés protégés ont un caractère exceptionnel et exorbitant qui exclut le recours à la résiliation judiciaire (Cass. Soc. chambre mixte 21.06.74 n° 72-40.054) ceci fut réaffirmé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 28.01.1983 n° 80-93.511).

Si l'employeur s'avisait de demander la résiliation judiciaire du contrat d'un salarié protégé, il s'exposerait en plus du refus des tribunaux à la sanction pénale du délit d'entrave.

Mais le salarié protégé peut la demander, depuis un important arrêt du 16.03.2005 n° 03-40.251).

D. L'IMPOSSIBILITÉ DE ROMPRE UN C.D.D. PAR RÉSILIATION JUDICIAIRE

Sauf accord entre les parties, le C.D.D. ne peut être rompu avant son terme, en vertu de l'article L.1243-1 que pour force majeure ou faute grave.

Lorsqu'il n'est invoqué ni faute grave, ni force majeure, l'action en résiliation judiciaire introduite par l'employeur n'est pas recevable, et son exercice s'analyse en une rupture anticipée du C.D.D. (Cass. Soc. 15.06.1999 n° 2751 P, R.J.S. 9/99).

En effet, le nouveau Code du Travail de 2008 a fait disparaître cette possibilité de résiliation judiciaire pour les C.D.D. (ex article L. 122-3-8 devenu L. 1243-1).

Exception : les articles L. 1226-20 et suivants prévoient le cas pour une inaptitude physique d'origine professionnelle où le reclassement s'avèrerait impossible.

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Les procès à ce titre sont fort rares.
Le salarié peut prétendre à des dommages et intérêts dont le montant est souverainement apprécié par les juges.
l'exigence d'une mise en demeure préalable n'est pas requise.

QUESTIONS / RÉPONSES

Un salarié à qui son employeur a retiré son véhicule de fonction peut-il demander la résiliation judiciaire de son contrat ?

Oui, la Cour de cassation l'a admis par un arrêt du 07.03.1996 (R.J.S. 4/96 n° 400), car le salarié était dans l'impossibilité d'accomplir son travail.

Un commercial voyant son action limitée par la décision de son employeur, ceci entraînant une forte chute de revenus, peut-il demander la résiliation judiciaire de son contrat ?

Oui, cette faute de cet employeur qui avait interdit à son commercial de placer certains types de contrats et avait entraîné une chute considérable de sa rémunération a justifié la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur. Celui-ci a été condamné avec les conséquences financières d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cour d'appel Toulouse 17.02.1995, R.J.S. 5/95 n° 305).

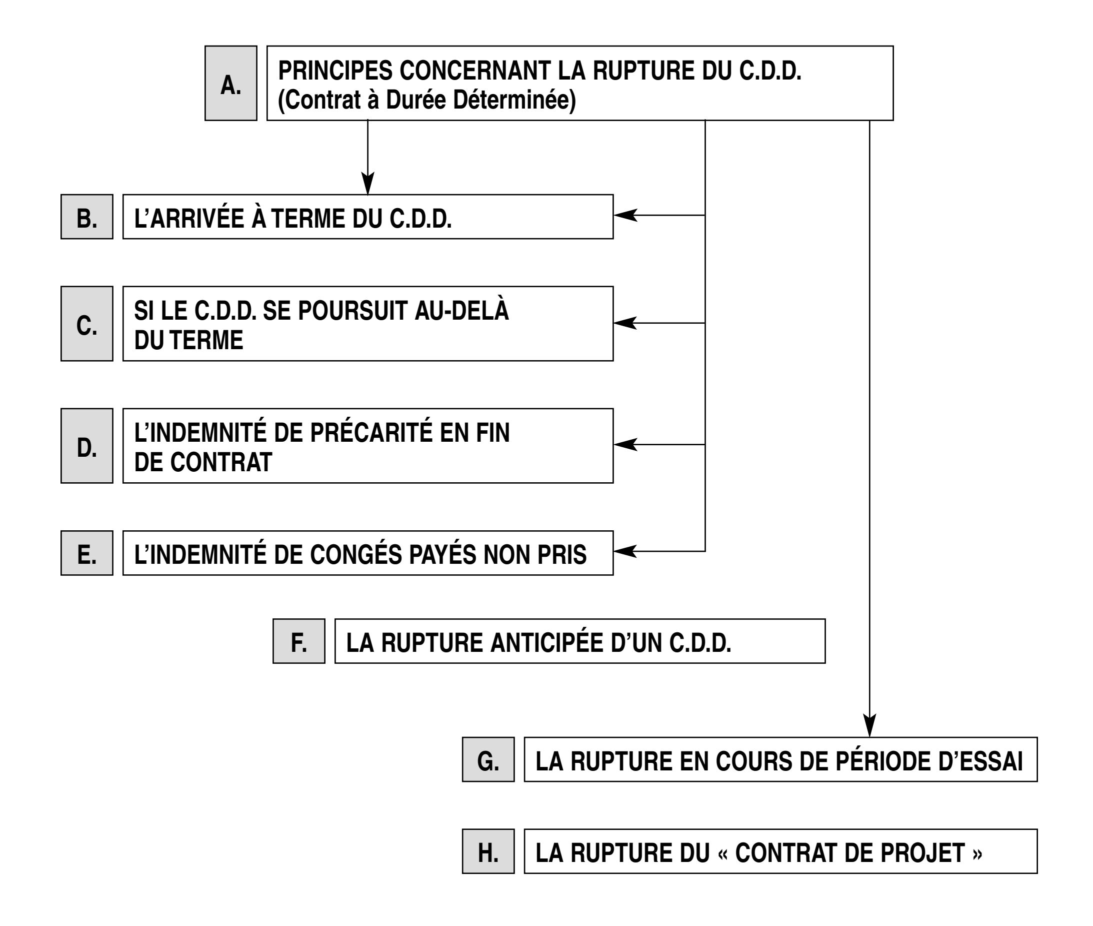
Un salarié protégé peut-il demander la résiliation judiciaire de son contrat ?

La procédure de l'autorisation préalable d'un salarié protégé est d'ordre public pour un employeur. Par contre, rien ne peut empêcher un salarié protégé de demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur, en cas de manquements graves de celui-ci à ses obligations (Cass. Soc. 16.03.2005 n° 03-40.251 P + B).

XXXI

LA RUPTURE DE CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

VUE D'ENSEMBLE



POUR PLUS DE DÉTAILS

A. PRINCIPES CONCERNANT LA RUPTURE DU C.D.D.

(C.D.D. = Contrat à Durée Déterminée, C.D.I. = Contrat à Durée Indéterminée)

Art. L. 1243-5 : *« Le C.D.D. cesse de plein droit à l'échéance du terme. Toutefois, ce principe ne fait pas obstacle à l'application des dispositions relatives à la rupture du C.D.D. :*
1° Des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, prévue à l'article L. 1226-19 ;
2° Des salariés titulaires d'un mandat de représentation mentionnés à l'article L. 2412-1 ».

Pour un C.D.D. salarié qui est protégé (cf. chap. X et XVII), il convient que l'employeur demande l'autorisation de rompre le contrat à l'Inspecteur du Travail dans le mois qui précède. Celui-ci vérifiera si l'intéressé ne fait pas l'objet d'une discrimination (art. L.122-3-6 du C.T.).

Conséquence : l'employeur n'est pas tenu de prévenir le salarié de l'arrivée du terme du contrat. Toutefois, nous ne pouvons que conseiller à l'employeur de le rappeler par écrit quelques jours avant le terme pour les C.D.D. de durée supérieure à trois mois par exemple.

En principe, sauf cas particuliers et exceptions, le salarié sous C.D.D. doit percevoir une indemnité de précarité, et une indemnité compensatrice de congés payés non pris, quelle que soit la durée de son contrat.

Un C.D.D. ne peut être rompu, par aucune des parties avant son terme, sauf pendant la période d'essai, et en cas de faute grave, force majeure, accord entre les parties, sous peine de dommages et intérêts.

Enfin, les cas de suspension du contrat de travail (maladie, grève, événements familiaux...) ne prolongent pas la durée d'un C.D.D.*

B. L'ARRIVÉE DU TERME DU C.D.D.

– C.D.D. de date à date sans renouvellement : le terme est celui fixé par le contrat initial. La cessation des relations contractuelles cesse alors

* Pour plus de détails, se reporter à l'ouvrage du même auteur, *Contrats de travail*, Éditions Maxima.

automatiquement. Et peu importe si l'objet du contrat demeure, par exemple, un C.D.D. est conclu pour trois mois pendant une absence maternité, il cessera au terme des trois mois, peu importe si la salariée en maternité n'est pas revenue.

– C.D.D. de date à date avec renouvellement : le terme est celui fixé par l'avenant de renouvellement. Rappelons qu'on ne peut renouveler un C.D.D. qu'une seule fois, et que le salarié est toujours libre de ne pas accepter un renouvellement.
– C.D.D. sans terme précis (remplacement ou saisonnier par exemple) : le terme peut être le jour même de la fin de la période minimale ou le jour de la réalisation de l'objet du contrat si celui-ci ne s'était pas encore réalisé à la fin de la période minimale.

Si un C.D.D. est conclu pour le remplacement pendant un congé maternité, il cessera le jour de la fin du congé, même si la maman le prolonge par un congé parental (Cass. Soc. 28.10.1992 n° 89-44.388, 21.11.1995 n° 92-40.724). Tel est le cas de tous les cas de suspension du contrat de travail.

Art. L. 1243-6 : « La suspension du contrat de travail à durée déterminée ne fait pas obstacle à l'échéance du terme ».
Au terme du C.D.D. il convient de remettre au salarié les pièces visées au chapitre XXXII.

C. SI LE C.D.D. SE POURSUIT AU-DELÀ DU TERME

Art. L.1243-11 : *« Lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du C.D.D., celui-ci devient un Contrat à Durée Indéterminée.*
Le salarié conserve l'ancienneté qu'il avait acquise au terme du C.D.D.
La durée du C.D.D. est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail ».

La poursuite de la relation de travail en C.D.I., au-delà du terme du C.D.D., est d'office, même si le salarié signe un nouveau C.D.D. (Cass. Soc. 30.05. 2005 n° 03-42.667 ou 20.09.2006, R.J.S. 11/06 n° 1157).
Mais tel n'est pas le cas, si le C.D.D. se poursuivait au-delà du terme, simplement pour respecter la procédure d'autorisation de l'inspecteur du travail pour un salarié protégé (Cass. Soc. 20.06.2000, R.J.S. 10/00 n° 972).

Exceptions :

– C.D.D. pour remplacement d'un absent : le contrat peut être poursuivi jusqu'au surlendemain maximum du jour où le salarié remplacé a repris

ses fonctions (par exemple retour le 3 septembre au matin, le C.D.D. peut être prolongé jusqu'au 5 septembre au soir). Ce léger report du terme a pour objet de permettre la transmission des consignes.

– Un salarié sous C.D.D. victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : en application de l'article L. 1226-9 si le contrat initial prévoyait une clause de renouvellement, l'employeur ne peut refuser le renouvellement « que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit d'une impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou la maladie ».

Si cette justification était jugée insuffisante, il serait condamné à verser au salarié « une indemnité correspondant au préjudice subi », et qui ne saurait être inférieure « au montant des salaires et avantages que le salarié aurait reçus jusqu'au terme de la période suivante de validité du contrat prévu par la clause de renouvellement ».

– Un salarié protégé sous C.D.D. : l'arrivée du terme du contrat « n'entraîne la cessation du lien contractuel qu'après constatation par l'Inspecteur du Travail... que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire » (art. L. 2412-1 et suivants pour les salariés protégés).
  Pour les saisonniers sous C.D.D. autorisés dans les branches d'activité à caractère saisonnier, les délais pendant lesquels un salarié est « protégé » (cf. chap. X et XVII) « sont prolongés d'une durée égale à la période habituelle d'interruption de l'activité du salarié » (mêmes articles visés ci-dessus).

D. L'INDEMNITÉ DE PRÉCARITÉ DE FIN DE CONTRAT

« Art. 1243-8 : *« Lorsque, à l'issue d'un C.D.D., les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un C.D.I., le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation.*
Cette indemnité est égale à 10 % de la rémunération brute versée au salarié.

Elle s'ajoute à la rémunération totale brute due au salarié. Elle est versée à l'issue du contrat, en même temps que le dernier salaire et figure sur le bulletin de salaire correspondant ».

Cette indemnité reste acquise au salarié, même s'il obtenait ultérieurement des juges une requalification en C.D.I. (Cass. Soc. 30.05.2005, R.J.S. 6/05 n° 606).

Exceptions, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, l'indemnité de précarité n'est pas due dans les cas suivants :

- les emplois de saisonniers (art. L. 1242-3, 3°) ;
- les emplois d'alternance des jeunes, et autres emplois liés à la politique de l'emploi pour assurer un complément de formation, tels les contrats emploi-solidarité, d'initiative locale... (art. L. 1242-4) ;
- les emplois des jeunes pendant leurs vacances scolaires ou universitaires, si le jeune poursuit ses études (art. L. 1243-10, 2°) ;
- en cas de refus par le salarié sous C.D.D. d'accepter la conclusion d'un Contrat à Durée Indéterminée dans un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente (art. L. 1243-10, 3°) ;
- en cas de rupture pendant la période d'essai (art. L. 1242-11) ;
- en cas de rupture anticipée du C.D.D. par le salarié, qui peut désormais rompre son contrat s'il a trouvé un C.D.I. et qu'il puisse le prouver (art. L. 1243-10, 4°) ;
- en cas de faute grave ou lourde du salarié ou en cas de force majeure (art. L. 1243-10, 4°).
- toutefois, en cas de renouvellement du C.D.D., s'il y a rupture pour faute grave, lors du renouvellement, l'indemnité de précarité n'est pas due sur la partie du C.D.D. renouvelé, mais est due sur le premier C.D.D. initial (Cass. Soc. 12.03.2002 n° 99-44.222 p) ;
- et naturellement si le C.D.D. se poursuit en C.D.I.

Cette indemnité est égale 10 % de la rémunération totale brute réellement perçue pendant toute la durée du C.D.D. y compris la période du renouvellement éventuel, les primes, gratifications, avantages en nature. mais sans les congés payés (Circ. min. D.R.T. n° 90-18 du 30.10.1990, Cass. Soc. 13.11.1990. Bull. Social Francis Lefebvre n° 9/99).

Les dispositions applicables aux salariés sous C.D.I. le sont aux C.D.D. en application du principe d'égalité de rémunération entre les salariés précaires et les permanents de qualification égale remplissant les mêmes fonctions. Ceci vise tous les périphériques des appointements mensuels, 13e mois, primes de vacances, primes diverses… (Réponse ministérielle 21.06.1999 p. 3815, n° 8078).

Cette indemnité a le caractère d'un complément de salaire, elle est soumise aux cotisations sociales et à l'impôt.

Elle est à réintégrer dans l'indemnité compensatrice de congés payés.
Elle doit être versée à la fin du contrat, et figurer sur le dernier bulletin de paie.

E. LA DEMANDE DE REMBOURSEMENT DE L'INDEMNITÉ DE PRÉCARITÉ DANS LES ENTREPRISES DE MOINS DE 50 SALARIÉS

Dans les entreprises (et non les établissements) de moins de 50 salariés, les employeurs peuvent demander à l'organisme paritaire collecteur du 0,1 % le remboursement de « tout ou partie de l'indemnité de précarité versée au salarié recruté par C.D.D. pour remplacer un salarié parti en congé individuel de formation » (art. L. 950-2-2).

F. LA RUPTURE ANTICIPÉE D'UN C.D.D.

Un C.D.D. ne peut être rompu avant son terme par l'employeur que :
– pour faute grave ou lourde du salarié, mais il convient dans ce cas de respecter la procédure de licenciement disciplinaire (chap. XI et XII) (Cass. Soc. 11.04.1996 n° 93-42.632) ;
– par accord entre les parties, nous conseillons d'établir un acte simple de départ négocié (chap. V) ;
– pour force majeure, mais les cas sont infiniment rares.

Ce n'est plus possible par résiliation judiciaire du contrat (cf. chap. XXX).

Si un C.D.D. est rompu avant le commencement de son exécution
Dès lors qu'un C.D.D. a été conclu, sa rupture à l'initiative de l'employeur, (en dehors des cas mentionnés à l'article L. 1243-1), ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts au moins égaux aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, même si celui-ci n'a pas encore commencé (Cass. Soc. 12.03.2002 n° 997 P + B, R.J.S. 6/02 n° 659). Les juges peuvent allouer des dommages et intérêts plus élevés à titre de préjudice moral, et l'arrêt précité a précisé que l'A.G.S. devait en garantir le paiement.

Si un C.D.D. est rompu par l'employeur avant son terme, (hors faute grave ou lourde), celui-ci sera condamné à payer au salarié une indemnité de rupture anticipée égale au minimum à la rémunération restant à courir jusqu'à la fin du contrat de travail. Cette indemnité minimum est indépendante du préjudice subi (Cass. Soc. 31.03.1993 n° 89-43.708). Peu importe que le salarié ait retrouvé un travail (Cass. Soc. 23.11.1993 n° 90-44.674 et 675), ou ait perçu des indemnités journalières de la Sécurité sociale (Cass. Soc. 07.04.1994 n° 91-40.812). Le salarié pourra toujours demander la réparation d'un préjudice distinct, en le prouvant (Cass. Soc. 29.05.1986 n° 83-45.046).

Elle se calcule sur le salaire brut (et non net), auquel s'ajoutent les congés payés sur la période travaillée et l'indemnité de précarité sur la partie non travaillée (Cass. Soc. 13.12.1995, R.J.S. 2/96 n° 105), mais sans l'indemnité de congés payés sur cette période non travaillée (Cass. Soc. 07.10.1992 n° 89-40.370).

Si un C.D.D. peut être rompu avant son terme par l'employeur en cas de faute grave du salarié, il faut quand même respecter la procédure disciplinaire (Cass. Soc. 04.06.2008, R.J.S. 9/08 n° 893).

Cette indemnité a le caractère de dommages et intérêts et échappe donc aux cotisations sociales.

Elle ne peut se cumuler avec les indemnités ASSEDIC pendant la période comprise entre la date de la rupture anticipée du C.D.D. et le terme prévu au contrat de travail. (Cass. Soc. 14.01.1997 n° 95-132.044, et 27.02.2001 n° 98-45.140 P + B, R.J.S. 5/01 n° 574). Le juge ne peut déduire le montant des allocations de chômage de l'indemnité minimum prévue à l'article L. 122-3-8 qui précise :

« Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure.

La méconnaissance par l'employeur des dispositions prévues à l'alinéa précédent ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat sans préjudice de l'indemnité prévue à l'article L. 122-3-4.

La méconnaissance de ces dispositions par le salarié ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice subi. »

Il appartient, de fait, aux ASSEDIC d'en demander le remboursement, à moins que le juge n'ait ordonné cette restitution (Directive UNDEDIC n° 09-97 du 11.02.1997).

Si un C.D.D. est rompu par le salarié avant son terme, l'employeur peut demander aux Prud'hommes de condamner le salarié à lui attribuer des dommages et intérêts qui seront fonction du préjudice subi par l'entreprise (Cass. Soc. 04.04.1990 n° 87-40.487). C'est d'ailleurs pourquoi le nouvel employeur prend parfois à sa charge les conséquences d'une rupture anticipée du contrat d'un salarié sous C.D.D.

Un salarié ne peut « démissionner » pendant l'exécution de son préavis, la démission ne peut constituer un motif de rupture anticipée du C.D.D. (Cass. Soc. 05.01.1999, R.J.S. 4/99 n° 482, et Cass. Soc. 31.05.2000, R.J.S. 10/00 n° 912).

G. LA RUPTURE EN COURS DE PERIODE D'ESSAI

La période d'essai d'un C.D.D. est parfaitement limitée par la loi.

Naturellement, un employeur ne peut se prévaloir d'une rupture en cours d'essai, pour essai insuffisant, si le salarié a déjà occupé le même emploi dans le cadre d'un autre C.D.D. dans la même entreprise (Cass. Soc. 26.02.2002 n° 00-40.749 P).

H. LA RUPTURE DU « CONTRAT DE PROJET »

La loi du 12.06.2008 a institué, à titre expérimental, un C.D.D. dont l'échéance est la réalisation d'un objet défini. Ce contrat de travail, réservé aux ingénieurs et cadres, a une durée comprise entre 18 et 36 mois.
Le recours à ce contrat de projet est subordonné à un accord collectif de branche étendu ou d'entreprise.
Ce contrat prend fin avec la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu, après un délai de prévenance d'au moins deux mois. Il n'est pas renouvelable.
Le salarié dont le contrat est rompu bénéficie d'une indemnité de précarité de 10 % du total des rémunérations perçues depuis le début du C.D.D. de projet ; (même condition que pour les C.D.D. classiques (voir §. D).

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

– Un des rares cas où l'employeur cite son ex-salarié aux Prud'hommes, est le cas de la rupture anticipée de son contrat par le salarié sous C.D.D.
– Quelques procès concernant les sommes dues lors de la rupture.
– De très nombreux procès où le salarié demande la requalification de son contrat en Contrat à Durée Indéterminée, lorsque l'employeur n'a pas respecté les conditions de recours au C.D.D.
– Quelques procès où l'employeur rompt le contrat avant son terme pour force majeure, celle-ci est la plupart du temps refusée (Cass. Soc. 04.04.1996 n° 93-41.810, 20.02.1996 n° 93-42.663).

QUESTIONS / RÉPONSES

Un employeur doit-il justifier sa décision de ne pas renouveler un C.D.D. ?

Non, sauf pour les salariés protégés.

Un C.D.D. peut-il être rompu pour insuffisance professionnelle prouvée ?

Non, sauf pendant sa période d'essai, car une insuffisance professionnelle, même parfaitement établie, n'est pas une faute grave (Cass. Soc. 16.12.1993 n° 90-41.541).

Un employeur peut-il inclure une période d'essai si le C.D.D. se transforme en C.D.I. ?

Non, car la rupture qui interviendrait au cours de ce soi-disant essai s'analyserait comme un licenciement (Cass. Soc. 12.04.1995, R.J.S. 5/95 n° 495).

Plusieurs C.D.D. successifs transforment-ils le contrat en C.D.I. ?

Non, plusieurs C.D.D. pour remplacement de salariés temporairement absents et nommément désignés ne créent pas une relation à durée indéterminée (Cass. Soc. 12.03.1987. BC V n° 142).

Plusieurs C.D.D. successifs transforment-ils le contrat en C.D.I. ?

Non, plusieurs C.D.D. pour remplacement de salariés temporairement absents

Peut-on utiliser la résiliation judiciaire pour rompre un C.D.D. ?

Non, le nouveau Code du Travail de 2008 a fait disparaître cette possibilité (ex-article L. 122-3-8 devenu L. 1243-1).
Désormais un C.D.D. ne peut être rompu avant son terme que pour une rupture pour faute grave ou lourde et pour cas de force majeure (Cass. Soc. 15.06.1999 n° 98-44.295).
Exception : les articles L. 1226-20 et suivants prévoient le cas pour une inaptitude physique d'origine professionnelle où le reclassement s'avèrerait impossible.

Qu'advient-il des droits au DIF lors de la rupture d'un C.D.D. ?

Si le salarié n'a pas épuisé ses droits au DIF (Droit Individuel à la Formation), la convention de l'ASSEDIC du 18.06.2006 a prévu que l'entreprise doit verser à l'OPACIF une contribution égale au solde des droits acquis par le salarié au titre de son DIF.
Comme il y a deux exceptions, et que les règles sont souvent modifiées, nous vous conseillons de vous renseigner auprès de l'OPACIF concerné.

NEUVIÈME PARTIE

L'ADMINISTRATION DE LA RUPTURE DU CONTRAT – LES SANCTIONS EN CAS DE LICENCIEMENT ABUSIF OU IRRÉGULIER

XXXII

LES PIÈCES À REMETTRE AU SALARIÉ LORS DE LA RUPTURE DE SON CONTRAT DE TRAVAIL

VUE D'ENSEMBLE

Lors de tout départ d'un salarié de l'entreprise, quels que soient le type d'emploi, ses fonctions, la nature de son contrat de travail, le type de rupture de son contrat, l'employeur doit obligatoirement lui remettre à la fin de son préavis :

A. **UN CERTIFICAT DE TRAVAIL :**
- il doit comporter des mentions obligatoires,
- il ne doit comporter aucune mention pouvant porter préjudice au salarié,
- il doit être tenu à disposition du salarié.

B. **UNE ATTESTATION POUR L'ASSEDIC**
Quel que soit le mode de rupture du contrat (démission, retraite, licenciement, etc.), cette attestation va lui permettre de faire valoir ses droits éventuels aux prestations de l'ASSEDIC.
Il est à demander par l'employeur à l'ASSEDIC.

C. **LE RENOUVEAU DU RECU POUR SOLDE DE TOUT COMPTE**

D. **DEFINITION DU REÇU**

E. **FORME DU REÇU**

F. **DÉNONCIATION DU REÇU**

G. **LE RÉCAPITULATIF DE L'ÉPARGNE SALARIALE**

H. **LE B.I.A.F. POUR LES C.D.D.**
Pour les Contrats à Durée Déterminée, il convient de remettre au salarié un Bordereau Individuel d'Accès à la Formation.

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LE CERTIFICAT DE TRAVAIL

Il est régi par l'article 1234-19 : *« À l'expiration du contrat de travail, l'employeur délivre au salarié un certificat de travail dont le contenu est déterminé par voie réglementaire »*.

Cette obligation de délivrance s'applique quelle que soit la nature du contrat de travail, En cas de non-délivrance, l'action judiciaire se trouve soumise à la prescription trentenaire, ce qui est bien utile, lorsque proche de la retraite, le salarié doit recomposer sa carrière.

En cas de préavis non effectué, l'employeur n'est pas tenu de délivrer ce certificat de travail avant la fin légale du préavis, mais il peut le faire.

Lorsqu'un employeur ne remet pas le certificat de travail obligatoire à la fin du contrat de travail, le salarié n'a de solution que d'intenter une demande de remise sous astreinte par le Conseil des Prud'hommes compétent (chap. IX), section référé.

On dit que le certificat de travail est « quérable et non portable ». Ceci signifie que l'employeur doit le tenir à disposition du salarié et n'est pas obligé de lui envoyer. Mais l'employeur a intérêt à avoir la preuve. Il est donc prudent dans la lettre de rupture du contrat de travail de mentionner : « votre certificat de travail, votre attestation ASSEDIC et les autres éléments de liquidation de votre compte seront disponibles et tenus à votre disposition à compter du… ».

Le contenu du certificat de travail

Art. D. 1234-6 : *« Le certificat de travail contient exclusivement les mentions suivantes :*

1. *la date d'entrée du salarié et celle de sa sortie ;*
2. *la nature de l'emploi ou des emplois successivement occupés et les périodes pendant lesquelles ces emplois ont été tenus »*.

Si le salarié a eu un congé sans solde assez long, il ne peut interdire à son employeur de le mentionner sur le certificat de travail.
Le salarié ne peut exiger d'autres mentions, ne serait-ce que la cause de la rupture.
L'employeur ne peut se contenter d'indiquer le coefficient hiérarchique, il doit préciser l'emploi.

La mention de l'existence d'une clause de non-concurrence est illicite (Cass. Soc. 04.03.1992, R.J.S. 4/92 n° 442). Ainsi la formule souvent usitée « le salarié a quitté l'entreprise libre de tout engagement le.. ; » ne prouve en rien l'inexistence d'une telle clause (Cass. Soc. 25.10.1995, R.J.S. 1/96 n° 22).

Naturellement, toute mention pouvant porter préjudice au salarié, par exemple : « M. Untel nous a quitté le… à notre grand soulagement » ! Dans ce cas le salarié a intérêt à saisir le juge des référés au Conseil des prud'hommes dont relève l'entreprise et en plus de la demande de délivrance d'un certificat conforme, il obtiendra des dommages et intérêts.

Le certificat de travail

Employeur
Nom ou raison sociale
Adresse – téléphone
N° d'identification
N° de registre du commerce
ou registre des métiers

Le certificat de travail de M ....

M .... *(prénom, nom)*
dfemeurant *(adresse)* ....
n° de Sécurité sociale ....
a étré employé dans notre entreprise du .... au ....
en qualité de *(emploi occupé)* ....

le cas échéant :
a été employé dans notre entrreprise successivement :

du .... au .... en qualité de ....
du .... au .... en qualité de ....
du .... au .... en qualité de .... etc.

Son contrat de travail a pris fin le ....

A .... le .... A .... le ....

Signature du salarié *Signature de l'employeur*

Papillon détachable

M .... *(prénom, nom)* reconnaît avoir reçu son certificat de travail en date du ....

Fait à .... le ....

Signature du salarié

La non-délivrance d'un certificat de travail conforme est punie d'une contravention pénale de 4e classe : (art. R. 1.238-3), soit 750 €.

B. L'ATTESTATION POUR L'ASSEDIC

Art. 1234-9 : *« L'employeur délivre au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail, les attestations et justifications qui lui permettent d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2 et transmet ces mêmes attestations aux organismes gestionnaires du régime d'assurance-chômage »*.

L'employeur doit remettre au salarié, lors de la résiliation de son contrat de travail, (c'est-à-dire à la fin du préavis effectué ou non), une attestation de l'ASSEDIC dûment complétée qu'il se procurera sur Internet.
Celle-ci va lui permettre de bénéficier, éventuellement s'il en a le droit, des prestations aux allocations de chômage. Attention, certaines démissions ouvrent droit à ces prestations, comme suivre son conjoint ou ses parents mutés.

– Site Internet : www. assedic.fr
– Accueil des employeurs : 0-826-08-08 + numéro du département.
– Accueil des demandeurs d'emploi : 0-811-01-01 + numéro du département.

En cas de non-remise ou de remise tardive (Cass. Soc. 04.02.2004 n° 01-46.994), le salarié a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il a nécessairement subi de ce fait (Cass. Soc. 20.01.1999, R.J.S. 3/99 n° 369, 06.05.2000, R.J.S. 7/02 n° 813) .

Si l'employeur s'y refusait, le juge prud'homal des référés condamnerait l'employeur à la délivrer sous astreinte. Il en va de même si l'employeur ne mentionnait pas le montant exact des rémunérations perçues pendant les 12 derniers mois (Cass. Soc. 22.02.2000, R.J.S. 4/00 n° 405).

L'employeur doit préciser exactement le motif de la rupture.
Si le salarié avait pris acte de la rupture de son contrat pour faute de l'employeur, il convient de mentionner « prise d'acte de la rupture » et non démission par exemple. Ce sont les juges qui trancheront.

Le salarié peut aussi obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice subi par une présentation équivoque ou tendancieuse du motif de la rupture (Cass. Soc. 19.04.2000, R.J.S. 4/00 n° 405, 14.11.2001 n° 4669).

Enfin, l'employeur risque une condamnation pénale de 5e classe : 1.500 € (art. R. 1.238-83).

C. LE RENOUVEAU DU SOLDE DE TOUT COMPTE

Les partenaires sociaux dans leur accord interprofessionnel du 11.01.2008 ont prévu de redonner vie au reçu pour solde de tout compte qui n'avait plus d'intérêt depuis 2002, loi qui avait supprimé son effet libératoire.
La loi depuis de modernisation sociale du 25.06.2008 a intégré dans le Code du Travail cette disposition.

D. DÉFINITION DU REÇU

L'article L.1234-20 concernant le « Reçu pour solde de tout compte », est rédigé ainsi :
« Le solde de tout compte, établi par l'employeur et dont le salarié lui a donné reçu, fait l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail.
Le reçu pour solde de tout compte peut être dénoncé dans les 6 mois qui suivent sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées ».

E. FORME DU REÇU

La loi faisant référence à un « inventaire » des sommes versées, l'employeur ne peut se satisfaire des écritures du bulletin de paie qui sont souvent abrégées, et qui correspondent aux codes rubriques de paie.
Il convient de les détailler avec des libellés clairs, quitte à mettre une somme « zéro » dans certaine rubrique.
Par exemple « Jours de R.T.T. non pris ……… zéro ».
En effet, ceci a beaucoup d'importance au regard de l'effet libératoire désormais confié à ce reçu.

F. DÉNONCIATION DU REÇU POUR SOLDE DE TOUT COMPTE PAR LE SALARIÉ

À partir de la réception de son solde de tout compte, le salarié a 6 mois pour le dénoncer auprès de l'employeur par lettre R.A.R., par son avocat ou par une saisie prud'homale.

Au-delà de ce délai, il ne peut plus être dénoncé, ainsi toute action prud'homale sur les sommes qui y sont portées devient irrecevable.
On dit que le reçu a alors un effet libératoire.

Un point reste incertain, est-ce que le salarié ayant reçu son solde de tout compte pourra quand même attaquer l'employeur pour rupture abusive au-delà des 6 mois ?
Il nous semble que l'arrêt (Cass. Soc. du 29.11.2000, R.J.S. 2/02 n° 1961) s'applique. Cet arrêt conclut que seule une transaction légalement formée peut l'empêcher d'agir.

G. LE RÉCAPITULATIF DE L'ÉPARGNE SALARIALE

Tout salarié quittant l'entreprise doit se voir remettre un état récapitulatif de l'ensemble des sommes et valeurs mobilières épargnées ou transférées au sein de l'entreprise dans le cadre de la participation, de l'intéressement, du Plan d'Épargne d'Entreprise, (ou PEI ou PEG…), du PERCO.
Cet état récapitulatif s'insère dans le LIVRET D'ÉPARGNE SALARIALE.

H. LE BIAF

Un demandeur d'emploi qui, à la suite d'une fin de C.D.D., ne remplit pas les conditions d'accès au C.I.F.-C.D.D., pourra bénéficier d'actions de formation avec une « aide à l'insertion durable », mise en place par l'ASSEDIC lui permettant l'attribution d'une allocation d'aide au retour à l'emploi au cours du C.I.F.-C.D.D. (Convention du 18.01.2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, art. 1 § 5).

Un document doit alors être complété par l'employeur, afin que l'ASSEDIC vérifie si le salarié sous C.D.D. justifiait bien au moins 6 mois d'activité professionnelle (C.D.D. ou autre), au cours des 22 mois ayant précédé la rupture de son dernier C.D.D.

QUESTIONS / RÉPONSES

Que peut-on faire si un employeur ne remet pas le certificat de travail ?

Si, malgré les demandes du salarié, l'employeur refuse de remettre un certificat de travail à la fin du préavis, il n'y a plus comme solution que de le demander sous astreinte en référé au Conseil de Prud'hommes, avec éventuellement des dommages et intérêts, si le salarié justifie le préjudice qui lui en a résulté. De plus, l'employeur risque une sanction pénale de 1 500 €.

Le dernier bulletin de paie est-il quérable ?

Non, le dernier bulletin de paie, (comme tous les autres), est obligatoirement remis par l'employeur sous peine de sanctions pénales (art. D. 3246-1 à 4) de 3e ou 4e classe selon la gravité.

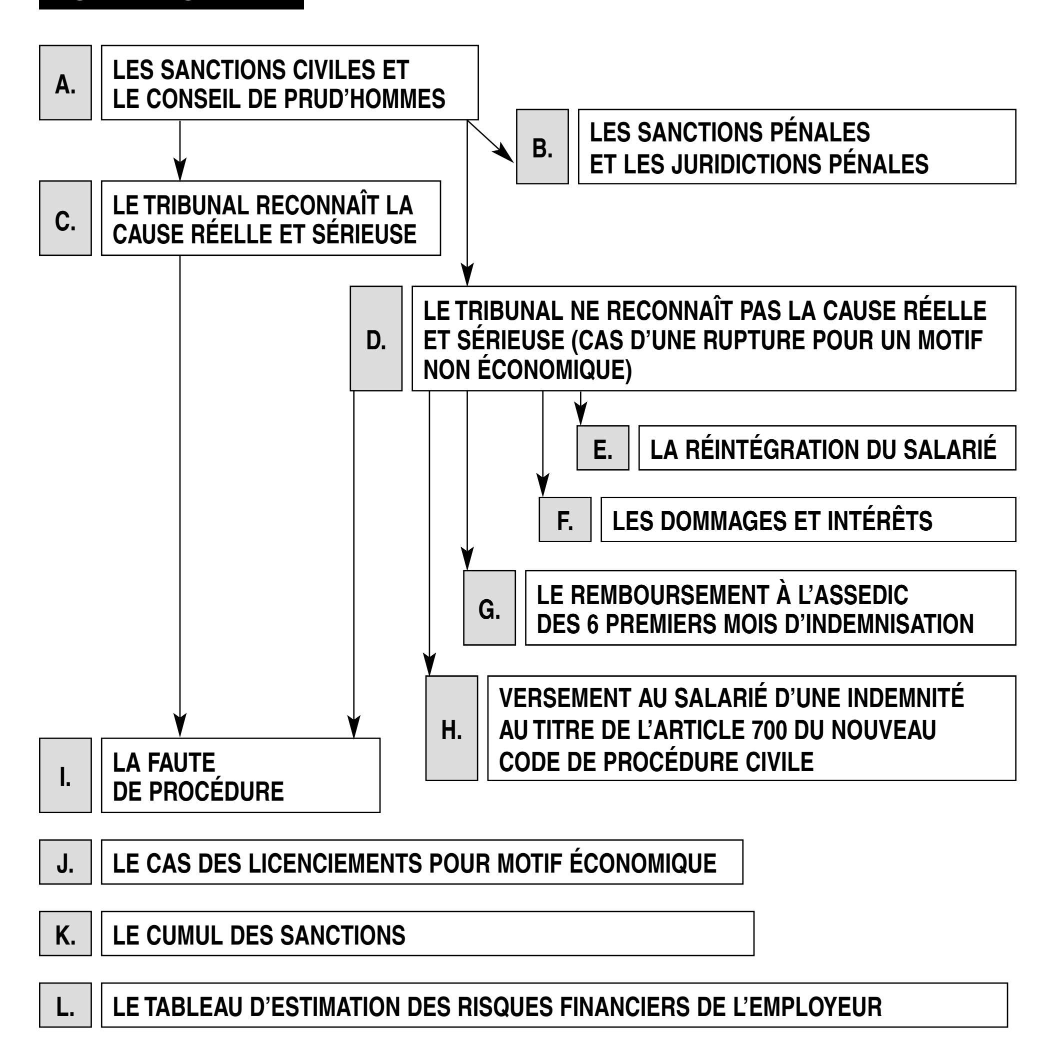
Que peut faire un salarié à qui l'employeur ne remet pas les pièces obligatoires lors de son départ ?

Il a intérêt à saisir très vite le Conseil des Prud'hommes, section « référé », il obtiendra les pièces souhaitées avec des dommages et intérêts s'il en demande. De plus son employeur récalcitrant risque une sanction pénale.

XXXIII

LES SANCTIONS EN CAS DE LICENCIEMENT ABUSIF OU IRRÉGULIER

VUE D'ENSEMBLE



Attention, des sanctions spécifiques sont prévues pour le licenciement après accident du travail ou maladie professionnelle (cf. chap. XIX).

POUR PLUS DE DÉTAILS

A. LES SANCTIONS CIVILES ET LE CONSEIL DE PRUD'HOMMES

Le Conseil de Prud'hommes a une compétence exclusive pour statuer sur les litiges individuels nés lors de la rupture du contrat de travail, quel que soit le montant de la demande (art. L. 1411-1), mais la partie non satisfaite peut faire appel devant la Cour d'appel.

Art. L. 1411-1 : *« Le Conseil de Prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti »*.
Il ne peut s'agir que de litiges individuels entre un salarié et son employeur, quitte à ce qu'il y ait plusieurs salariés demandeurs pour la même question, mais qui citent individuellement aux prud'hommes à titre personnel.

Art. L. 1411-2 : *« Le Conseil de Prud'hommes règle les différends et litiges des personnels des services publics, lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé »*.
Par exemple, les prud'hommes sont compétents pour traiter d'un litige entre un fonctionnaire et la personne morale de droit privé où il est détaché.

Art. L. 1411-3 : *« Le Conseil de Prud'hommes règle les différends et litiges nés entre salariés à l'occasion du travail »*.

Bref :
– un salarié peut attaquer son employeur, (ou ex-employeur) 99 % des cas ;
– un employeur peut attaquer son salarié, (ou ex-salarié), 0,7 % des cas ;
– un salarié peut attaquer un autre salarié, 0,3 % des cas.

Toutefois, les Conseils de Prud'hommes sont compétents en dernier ressort pour des litiges portant sur de petites sommes. Ces taux de compétence sont révisés annuellement par décret (art. D. 1462-3), il était de 4 000 € en 2008. Notons que des demandes portant à la fois sur l'indemnité de licenciement, le préavis, les congés payés sur préavis ne constituent qu'un seul chef de demande ; pour estimer s'il y a appel possible : si l'ensemble chiffré de ces demandes excède le taux maximum de compétence en dernier ressort, l'appel sera possible (Cass. Soc. 17.07.1996 n° 93-41.530).

L'application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile (§ I) n'entre pas dans ce chiffrage.

Le juge prud'homal formera sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estimerait utiles. « Si un doute subsiste, il profite au salarié » (art. L.122-14-3 du C.T.).

Le jugement est parfois rendu quelques minutes après la séance de jugement (cas des Prud'hommes de Paris), mais la plupart du temps, il faut attendre plusieurs semaines, voire deux mois, pour la notification écrite en R.A.R. C'est la date de première présentation par La Poste qui fait partir les délais des voies de recours.

Et ceci, bien que le Code du Travail en son article R. 1461-1 a fixé à un mois le délai maximum de l'appel.

Cet appel est suspensif, c'est-à-dire que le jugement n'a pas à être appliqué avant l'appel, sauf si le Conseil des Prud'hommes a pris expressément une mesure d'exécution provisoire. Le total des sommes concernées par la condamnation de l'employeur en exécution provisoire ne peut dépasser neuf mois de salaires, (art. R. 1454-28).

Le Tribunal de Grande Instance est compétent pour les litiges entre un salarié et la Caisse de Congés payés. Il peut également être saisi par le Comité d'entreprise en cas d'irrégularité de procédure pour obtenir des dommages et intérêts. C'est aussi lui qui est compétent pour une saisine en désignation frauduleuse d'un délégué syndical, d'un représentant syndical au C.E. ou d'un candidat aux élections des représentants du personnel. Il appartient alors à l'employeur de prouver qu'il y avait concomitance entre cette désignation et une procédure de licenciement.

B. LES SANCTIONS PÉNALES ET LES JURIDICTIONS PÉNALES

Les juridictions pénales, tribunal de police ou tribunal correctionnel, sont compétentes en cas d'inobservation par l'employeur d'une obligation de procédure sanctionnée pénalement.

Citons notamment :

– refus de délivrer un certificat de travail : 750 € ;
– non-consultation du Comité d'entreprise : 3 750 € et/ou emprisonnement de 1 an ;
– non-respect des textes concernant les congés payés : 1 500 € ;

– atteinte ou tentative d'atteinte à l'exercice des fonctions de Conseiller du salarié : amende de 3 750 € et/ou emprisonnement de 1 an ;
– non-respect des dispositions relatives aux C.D.D. : amende de 3 750 € et/ou emprisonnement de 1 an ;
– licenciement discriminatoire : amende de 30 500 € et/ou emprisonnement de 2 ans ;
– non-respect des dispositions relatives au délai d'envoi des lettres de licenciement : amende de 3 750 € ;
– non-respect des dispositions relatives aux critères de l'ordre des licenciements : amende de 3 750 € ;
– résiliation du contrat d'une salariée en état de grossesse déclarée ou pendant son congé maternité : amende de 1 500 € ;
– prise d'effet de cette résiliation du contrat pendant la période de suspension : amende de 1 500 €, etc.

Notons qu'il y a autant de fois la sanction pénale qu'il y a de salariés concernés, et que les sanctions doublent en cas de récidive.

C. LE TRIBUNAL RECONNAÎT LA CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE

Que ce soit un licenciement pour motif économique ou un licenciement inhérent à la personne du salarié, dès lors que le Conseil des Prud'hommes reconnaît la réalité et le caractère sérieux des fautes ou du motif économique invoqués, il ne peut que sanctionner d'éventuelles irrégularités de procédure (voir Les procès les plus fréquents ci-après).

D. LE TRIBUNAL NE RECONNAÎT PAS LA CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE (CAS D'UNE RUPTURE POUR MOTIF NON ÉCONOMIQUE)

Dans le cas d'une entreprise employant au moins 11 salariés, et si le salarié licencié avait au moins 2 ans d'ancienneté lors de la notification de la rupture, le Tribunal peut :
– proposer la réintégration du salarié (§ E) ;
– condamner l'employeur à des dommages et intérêts d'au moins 6 mois de rémunération brute (§ F) et non nette (Cass. Soc. 13.07.2004 03-43.780 P) en application de l'article L. 8223-1. Cette indemnité ne se cumule pas avec les autres indemnités auxquelles le salarié pourrait

prétendre au titre de la rupture de son contrat de travail, seule l'indemnisation la plus favorable devant lui être accordée (Cass. Soc. 18.01.2005, R.J.S. 3/05, n° 265) ;
– ordonner le remboursement à l'ASSEDIC des 6 premiers mois d'indemnisation (§ G) ;
– condamner l'employeur au versement au salarié d'une indemnité au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile (§ H).

Dans les entreprises de moins de 11 salariés, le non-respect des dispositions relatives à l'assistance d'un conseiller extérieur (sauf pour les employés de maison), lors de l'entretien préalable, fait aligner les sanctions sur celles prévues pour les grosses entreprises.

Les deux ans d'ancienneté s'apprécient à la date d'envoi de la lettre de licenciement (Cass. Soc. 26.09.2006 n° 05-43.841 P + B).

E. LA RÉINTÉGRATION DU SALARIÉ

Si un licenciement est reconnu sans cause réelle et sérieuse au sein d'une entreprise d'au moins 11 salariés et que le salarié licencié a au moins 2 ans d'ancienneté, le juge peut proposer aux deux parties sa réintégration, mais il n'y est pas obligé. La réintégration implique l'accord des deux parties.

Le juge ne saurait l'ordonner malgré l'opposition de l'employeur (Cass. Soc. 14.11.1980, n° 79-13.372 ou Cass. Soc. 29.01.1981, n° 79-41.038 ou, 08.07.1985, n° 84-12.437).

Cette réintégration s'applique dans les mêmes conditions que celle d'un jeune au retour de ses obligations nationales :
– maintien des avantages acquis ;
– reprise de l'ancienneté acquise avant la rupture du contrat ;
– mais pas d'indemnisation pour la période située entre la rupture et la réintégration.

La réintégration n'est donc pas un droit pour le salarié. Le juge des référés ne saurait par conséquent l'ordonner : « Il résulte de l'article L. 1235-3 du Code du Travail que la réintégration d'un salarié non protégé licencié sans cause réelle et sérieuse n'est possible que si l'employeur ne s'y oppose pas, et que les pouvoirs du juge des référés ne sont pas plus étendus que ceux du juge du fond » (Cass. Soc. 07.11.1985, n° 84-44.661 ou 01.04.1981, n° 80-10.028 ou, 04.03.1987, n° 84-42.604 ou 09.04.1998, n° 96-44.350, qui précise qu'une cour d'appel ne peut ordonner la poursuite du contrat de travail).

F. LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Le montant des dommages et intérêts

Dans les entreprises d'au moins 11 salariés ou, pour un salarié ayant au moins 2 ans d'ancienneté (quel que soit l'effectif), à la date d'envoi en RAR de la lettre par l'employeur, dans le cas où il n'y aurait pas réintégration, l'article L.1235-3 du Code du Travail qui précise :

Art. L. 1235-3 : *« Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise avec maintien des avantages acquis.*

Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité prévue à l'article L.1234-9) ».

L'article L. 1234-9 vise l'indemnité de licenciement, ceci veut donc dire que les dommages et intérêts s'ajoutent au droit à l'indemnité de licenciement (Cass. Soc. 15.01.2003 n° 00-46374).

Les salaires à prendre en compte sont les salaires bruts (Cass. Soc. 22.06.1993 n° 91-43.560).

L'ancienneté du salarié est à apprécier à la date de la première présentation de la lettre de licenciement (Cass. Soc. 02.02.1999 n° 613 P, R.J.S. 4/99 n° 498).

Il s'agit d'une véritable amende civile, dans la mesure où, contrairement aux principes généraux, elle est indépendante de toute recherche de la réalité d'un préjudice et ne saurait être réduite pour tenir compte d'une responsabilité éventuelle du salarié (Cass. Soc. 30.06.1982, n° 80-41.135). Les juges apprécient souverainement le montant de cette indemnité et n'ont pas à donner de motivation particulière à son octroi (Cass. Soc. 28.02.1985, n° 82-41.724).

L'indemnité de 6 mois étant une indemnité minimale, c'est au juge qu'il appartient de fixer le montant de l'indemnité effective. Ces dommages et intérêts seront, au-dessus du plancher des six mois, évalués conformément aux règles du droit commun en fonction du préjudice subi. Ce préjudice doit être apprécié au jour de la décision, ce qui autorise le juge à tenir compte en particulier des difficultés rencontrées par le salarié pour retrouver un emploi (Cass. Soc. 27.02.1980 n° 78-40.731). Mais l'appréciation du juge étant souveraine, l'importance du préjudice résulte de la seule évaluation qu'il en fait.

Les intérêts des sommes accordées au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse courent à compter de la date de décision ayant déterminé leur montant et non de la date de la demande.

La loi fixé à 12 mensualités le minimum de l'indemnité qui sanctionne la rupture illégitime du contrat de travail des salariés victimes d'un accident du travail proprement dit ou d'une maladie professionnelle que l'employeur n'a pas réintégrés ou, le cas échéant, reclassés (voir chap. XXII).

Dans la pratique, observons que cette indemnité minimum de 6 mois, vise un salarié très jeune, célibataire, ayant juste deux ans d'ancienneté, en bonne santé, ayant un métier pas trop étroit lui permettant de se recaser, et n'ayant aucune charge particulière (enfant handicapé, parents à charge…)

Le montant de cette indemnité est fonction du préjudice subi ; il s'élèvera avec l'âge, la situation de famille, l'ancienneté, l'état de santé, la grande spécialisation, le fait d'être dans une profession sinistrée, le fait d'avoir des charges toutes particulières, les circonstances ayant entouré la rupture (contexte vexatoire, discrimination, intention de nuire), les revenus perdus depuis la rupture du contrat jusqu'à ce que le salarié ait retrouvé un nouvel emploi… ce que les avocats n'omettent jamais de faire valoir.

D'expérience, il est rare pour un salarié d'obtenir plus de douze mois, en dehors de l'indemnité de licenciement, du préavis et des congés payés. Les juges n'ont pas à distinguer le préjudice moral et le préjudice matériel, comme on devrait le faire dans une transaction.

Nature juridique de l'indemnité

L'indemnité pour rupture abusive a la nature de dommages et intérêts. Elle est juridiquement distincte de l'indemnité compensatrice de préavis et ne se confond pas, d'autre part, avec l'indemnité de licenciement (art. L. 1234-9).

Dans la mesure où elle ne constitue pas un élément de rémunération :

- elle n'est pas soumise à la prescription quinquennale des salaires mais à la prescription trentenaire de droit commun ;
- elle n'est pas soumise à la limitation de la part cessible et insaisissable des salaires ;
- elle n'est pas soumise à la limitation des retenues sur salaires ;
- elle n'est pas assujettie aux cotisations de Sécurité sociale et par voie de conséquence pas non plus aux cotisations chômage, ni de retraite complémentaire.

Toutefois, en vertu d'une disposition particulière de la loi, elle bénéficie du privilège des salaires.

Elle n’est pas assujettie en tant qu’indemnité de rupture à la C.R.D.S. et à la C.S.G., mais dans la limite de l’indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

G. LE REMBOURSEMENT À L’ASSEDIC DES 6 PREMIERS MOIS D’INDEMNISATION

Le tribunal devrait, dans les entreprises occupant au moins 11 salariés et dans le seul cas d’un salarié ayant au moins deux ans d’ancienneté, ordonner un remboursement aux ASSEDIC.

Art. L. 1235-4 : *« Dans les cas prévus aux articles L. 1235-2 (absence de cause réelle et sérieuse, indemnité de 6 mois minimum), et L. 1235-11 (procédure de licenciement nulle, indemnité de 12 mois minimum), le juge ordonne le remboursement par l’employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d’indemnités de chômage par salarié intéressé.*

Ce remboursement est ordonné d’office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l’instance ou n’ont pas fait connaître le montant des indemnités versées ».

Art. R. 12352 : *« Lorsqu’un Conseil de Prud’hommes a ordonné d’office le remboursement des allocations de chômage, le greffier du Conseil des Prud’hommes, à l’expiration du délai d’appel, adresse à l’organisme gestionnaire du régime d’assurance-chômage (l’ASSEDIC), une copie certifiée conforme du jugement en précisant si ce dernier a fait l’objet ou non d’un appel… »*

La loi du 30.12.1986 avait limité le remboursement à l’ASSEDIC de tout ou partie des indemnités de chômage perçues par le salarié depuis le jour de son licenciement jusqu’au jour du jugement, dans la limite d’un montant maximum égal à 6 mois d’indemnité de chômage par salarié concerné. Souvent, l’avocat de l’ASSEDIC demande cette indemnité, mais le tribunal (Prud’hommes ou Cour d’appel) peut l’ordonner d’office. N’importe comment, les ASSEDIC peuvent la réclamer ultérieurement.
Pour estimer et provisionner le montant de cette indemnisation de six mois, pour un salarié percevant des allocations ASSEDIC au moins pendant six mois, il faut provisionner 3,5 mois pour un licenciement (6 x 57,4 % = environ 3,5 mois).

L'employeur n'est condamné que si le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, ce qui exclut le remboursement des indemnités de chômage :

– en cas de faute de procédure (Cass. Soc. 26.03.1980, n° 78-41.369) ;
– lorsqu'en cas de licenciement économique, l'ordre des licenciements n'a pas été respecté (Cass. Soc. 23.03.1994 n° 91-43.735) ;
– en cas de non-respect de la priorité de réembauchage (Cass. Soc. 07.11.1990, n° 88-45.528) ;
– lorsque les règles spécifiques à la maladie professionnelle ou à l'accident du travail ont été ignorées (Cass. Soc. 16.10.1991, n° 89-40.481).

La requête en omission de statuer n'est pas exclusive d'une procédure en référé-provision dirigée contre l'employeur (Cass. Soc. 02.06.1988 n° 85-18.435).

Sur le fondement de ce jugement, cet organisme peut poursuivre devant le tribunal d'instance du lieu où demeure l'employeur le recouvrement des indemnités versées, selon la procédure définie aux articles R. 1235-3 et suivants). Saisi par simple requête, le tribunal rend une ordonnance d'injonction de payer qui est signifiée à l'employeur.

Tout en rappelant que la transaction est inopposable à l'ASSEDIC lorsqu'elle n'y est pas partie, la Cour de cassation relève que lorsque le jugement du conseil de prud'hommes a condamné l'employeur à des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et au remboursement des indemnités de chômage, la transaction intervenue en cour d'appel entre l'employeur et le salarié et le désistement qui s'en est suivi sont sans effet à l'égard de l'ASSEDIC : la Cour d'appel ne peut donc débouter l'ASSEDIC de sa demande et la priver ainsi de la condamnation prononcée à son profit en première instance (Cass. Soc. 07.06.1995 n° 91-43.234). C'est un des grands intérêts d'une transaction signée avant le premier jugement prud'homal.

Mais cette sanction du remboursement des 6 premiers mois d'indemnisation ne s'applique qu'aux licenciements estimés sans cause réelle et sérieuse, et non pas aux autres comme par exemple le licenciement fautif d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (Cass. Soc. 26.09.2007 n° 06-43.1797).

H. VERSEMENTS AU SALARIÉ D'UNE INDEMNITÉ AU TITRE DE L'ARTICLE 700 DU N.C.P.C.

Cet article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile précise : « ...dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépenses. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

Cette disposition s'applique aux Prud'hommes, malgré leur gratuité, car il y a des frais de défense.

Le bénéfice de l'article 700 peut être accordé à une partie, bien que celle-ci n'ait pas obtenu gain de cause sur toutes ses demandes.

Le bénéfice de cet article ne peut être accordé que s'il est demandé, ce que n'oublient jamais les avocats spécialisés.

I. LA FAUTE DE PROCÉDURE

Il appartient au juge de vérifier la régularité de la procédure suivie (convocation, délai entre cette convocation et l'entretien préalable, assistance du salarié, tenue de l'entretien préalable, respect du délai requis entre cet entretien et la notification, formalisme dans la lettre de notification, etc.) et de sanctionner, éventuellement, toute irrégularité de procédure dans les limites fixées par la loi (art. L. 1235-2).

Art. L. 1235-2 : *« Si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue, et accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire »*.

Et ceci, sans que le salarié n'ait à justifier d'un préjudice.

Cette indemnité a le caractère de dommages et intérêts forfaitaires.

La preuve de l'irrégularité de la procédure incombe au salarié (Cass. Soc. 09.11.1977 n° 76-40.766).

Mais cette sanction ne s'applique pas :
– aux entreprises (et non établissements) de moins de 11 salariés employés

en France (art. 1235-5), le dirigeant comptant dans l'effectif (Cass. Soc. 18.01.1995, R.J.S. 3/95 n° 223), l'effectif étant décompté comme pour les élections des représentants du personnel ;
– aux salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise (art. L.1235-5), l'ancienneté s'appréciant à la date de la première présentation par La Poste de la lettre de licenciement, les périodes de suspension du contrat ne pouvant être retranchées (Cass. Soc. 26.12.2006 n° 05-43.841).

Dans ces deux cas d'exceptions, le tribunal ne pourra accorder une réparation au salarié que s'il justifie du préjudice subi par cette inobservation (Cass. Soc. 18.04.1991 n° 89-44.868). Toutefois, la condamnation est d'office si les dispositions relatives à l'assistance du salarié n'ont pas été respectées (Cass. Soc. 19.97.1995, R.J.S. 10/95 n° 1015).

Le juge n'est pas tenu d'imposer à l'employeur d'accomplir la procédure si le salarié ne le demande pas expressément (Cass. Soc. 16.11.1976), ou si son accomplissement ne présente pas d'intérêt.

Le juge des référés qui prescrit l'accomplissement de la procédure ne peut ordonner la réintégration du salarié irrégulièrement licencié (Cass. Soc. 29.06.1978 BC V n° 540).

Un licenciement irrégulier en la forme n'est jamais nul (Cass. Soc. 06.07. 1983 n° 1492), et une Cour d'appel ne peut, de cette seule irrégularité, condamner l'employeur à payer au salarié ses salaires jusqu'à la régularisation de la procédure (Cass. Soc. 15.11.1979 BC V n° 855), ni un juge des référés déclarer la nullité du licenciement (Cass. Soc. 22.11.1979 n° 78-14.786).

Résumons en disant que l'inobservation scrupuleuse de la procédure par l'employeur :
– ne donne pas automatiquement au licenciement un caractère abusif ;
– n'entraîne pas la nullité du licenciement (Cass. Soc. 06.07.1983 n° 81-41.037) ;
– que selon le Code du Travail, les deux indemnités (pour irrégularité de fond et irrégularité de forme) ne sont pas cumulables en cas de licenciement économique (Cass. Soc. 05.10.1999 n° 3388 P, R.J.S. 11/99 n° 1361), mais cumulables en cas de licenciement non économique (Cass. Soc. 24.01.1996 n° 92-42.805).

On relèvera que s'agissant d'un licenciement pour faute présentant un caractère disciplinaire, la Cour de cassation retient également le principe du cumul de la sanction visant le non-respect de la procédure disciplinaire édictée par l'article L. 1235-2 du Code du Travail et de la sanction du licen-

ciement sans cause réelle et sérieuse, si le salarié a bien plus de deux ans d'ancienneté et est employé dans une entreprise d'au moins 11 salariés.

Dans les autres cas, il ne peut y avoir cumul (Cass. Soc. 04.04.2001 n° 99-40.859). « Mais attendu que, s'agissant d'une rupture du contrat pour faute, soumise aux dispositions de l'article L. 1332-1 du Code du Travail applicable en cas de rupture, pour motif disciplinaire, de tout contrat de travail, l'employeur devait convoquer la salariée à un entretien préalable dans les conditions prévues par ce texte ; que l'inobservation, par l'employeur de cette procédure ouvre droit, au profit du salarié, à une indemnité distincte de celle réparant le préjudice causé par la rupture abusive. » (Cass. Soc. 26.05.1993 n° 88-42.314 ou 01.06.1994, R.J.S. 7/94 n° 854, dans le même sens Cass. Soc. 04.04.2001 n° 99-41.126).

Mais si la sanction pécuniaire de l'irrégularité de la procédure légale a un caractère subsidiaire, l'inobservation d'une procédure conventionnelle se greffant sur la procédure légale peut entraîner l'octroi de dommages et intérêts distincts de ceux qui sanctionnent l'absence de cause réelle et sérieuse et s'ajoutant à ceux-ci, dans la mesure où le non-respect de cette procédure conventionnelle a entraîné un préjudice particulier : ainsi pour un licenciement prononcé sans que le conseil de discipline institué par le règlement intérieur ait été réuni, ce qui avait fait perdre au salarié une chance de conserver son emploi (C.A. Paris, 18.06.1980 ou Cass. Soc. 01.06.1994, n° 92-42.295).

En outre, une indemnité contractuelle, qui peut être assimilée à une clause pénale, peut se cumuler avec l'indemnité pour irrégularité de la procédure (Cass. Soc. 05.06.1986, n° 84-40.951).

Pour un salarié ayant moins de 6 mois d'ancienneté, le montant de son préjudice ne peut être fixé par les juges à un montant supérieur au salaire correspondant à la durée effective de son travail (Cass. Soc. 18.12.2000 n° 98-41.740 P + B, en l'occurrence pour défaut d'assistance du salarié par un conseiller, le salarié avait demandé 6 mois, alors qu'il n'avait travaillé que 2,5 mois !).

J. LE CAS DES LICENCIEMENTS POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

L'inobservation de la procédure de licenciement notifié individuellement est traitée ci-avant.

L'inobservation des dispositions des articles L. 1233-8 et suivants (relatifs

à la consultation des représentants du personnel), et lorsque le tribunal ne reconnaît pas les motifs réels et sérieux, donc la légitimité du licenciement, des sanctions sont prévues.

Entreprise de moins de 11 salariés ou salariés de moins de 2 ans d'ancienneté : dommages et intérêts calculés en fonction du préjudice subi. Leur montant est laissé à l'appréciation du juge (Cass. Soc. 09.03.1993 n° 91-44.452).

Entreprises d'au moins 11 salariés ou salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté : mêmes sanctions que celles détaillées auparavant :
- proposer la réintégration du salarié ;
- condamner l'employeur à des dommages et intérêts d'au moins 6 mois de rémunération brute ;
- ordonner le remboursement à l'ASSEDIC des 6 premiers mois d'indemnisation ;
- condamner l'employeur au versement au salarié d'une indemnité au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile ;
- éventuellement, condamnation pour non-présentation d'une convention de conversion égale à un mois de salaire brut, mais qui ne se cumule pas avec les dommages et intérêts (Cass. Soc. 12.03.1991 n° 90-41.147) ;
- éventuellement indemnité pour non-respect de la priorité de réembauchage d'un an demandée par le salarié, cette indemnité étant égale à au moins deux mois de salaire brut (art. L.1235-13).

Rien n'interdit au juge d'attribuer une indemnité d'un montant supérieur, et cette indemnité peut se cumuler avec les dommages et intérêts (Cass. Soc. 05.10.1995 n° 94-40.093).

K. LE CUMUL DES SANCTIONS

Sont cumulables les sanctions civiles ou pénales :
- indemnité pour travail dissimulé (Cass. Soc. 12.01.2006 n° 04-42.490 P + B) ;
- indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 12.01.2006 n° 03-46.800 P + B) ;
- indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement (Cass. Soc. 12.01.2006 n° 03-43.105 P + B) ;
- indemnité pour requalification de C.D.D. en C.D.I. (Cass. Soc. 12.01.2006 n° 03-44.776 et 03-44.777) ;

– dommages et intérêts pour violation de l'ordre des licenciements (Cass. Soc. 12.01.2006 n° 04-41.769 P + B) ;
– indemnité compensatrice de préavis et indemnité de congés payés non pris (Cass. Soc. 12.01.2006 n° 04-40.991 P + B et 04-42.190 P + B).

L. LE TABLEAU D'ESTIMATION DES RISQUES DE L'EMPLOYEUR

Du point de vue de l'employeur, avant de prendre une décision qui pourrait s'avérer être irréfléchie, il s'agit d'estimer en toute sérénité les risques financiers encourus en cas d'action contentieuse du salarié, sans omettre certains postes de coûts.
Le tableau ci-après permet d'apporter une réponse.

Certes, lors d'un départ, si un risque de contentieux existe, la décision de l'entreprise :
– pour conclure ou non une transaction et éviter ainsi un procès ;
– ou pour laisser le salarié aller en justice ;
ne reposera pas sur ce seul aspect financier. Bien d'autres éléments sont à prendre en considération. Mais ce seul aspect financier doit être estimé au plus près.

Le tableau d'analyse et de calcul joint devra être conservé dans la sous-chemise du dossier du salarié parti, où sont conservées les différentes pièces relatives à son départ de l'entreprise. Il est d'un intérêt majeur en cas de contrôle URSSAF par exemple s'il y a transaction.

Estimation des risques encourus par l'entreprise en cas de procès

Affaire M. **c/ Société**

Parlons de l'hypothèse où l'entreprise :
– *régulariserait sans erreur le solde de tout compte ;*
– *réglerait l'indemnité conventionnelle de licenciement sans erreur de calcul ;*
– *réglerait l'indemnité compensatrice de congés payés non pris, de repos R.T.T. non pris ;*
– *réglerait l'indemnité compensatrice de repos compensateur non pris ;*
– *ne devrait plus aucune somme, telles que des heures supplémentaires ou des frais ;*
– *et remettrait le certificat de travail et l'imprimé ASSEDIC.*

1. ABSENCE DE CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE, licenciement non justifié

La réparation minimum a été fixée par le Code du Travail à 6 mois de rémunération dans les entreprises occupant habituellement au moins 11 salariés (art. L.1235-2, et si le salarié a au moins 2 ans d'ancienneté le jour de la notification de la rupture (art. L.122-14-5). Dans les autres cas, l'indemnité est calculée en fonction du préjudice subi. Notons que ces 6 mois minimums visent un jeune célibataire ayant 2 ans d'ancienneté.

Dans le cas présent, les Prud'hommes en tiendraient probablement compte :

- De l'âge :
- De l'ancienneté :
- Des charges de famille :
- De l'étroitesse du métier :
- Du contexte vexatoire ayant entouré la rupture :
- De...

Le salarié licencié abusivement, subit un préjudice d'autant plus importan que certains de ces critères soient remplis, ce qu'un avocat spécialisé ne manque jamais de faire valoir devant des Prud'hommes, soit au minimum : .... **6 mois**

Mais on ne peut raisonnablement écarter une condamnation à au moins .... … mois

2. REMBOURSEMENT A L'ASSEDIC DE 6 MOIS D'INDEMNISATION

En cas d'absence de refus par les Prud'hommes d'admettre une cause réelle et sérieuse, l'employeur se voit condamner en application de l'article L. 1235-4, à rembourser à l'ASSEDIC les six premiers mois d'indemnisation, soit (57,4 % x 6) .... **3,5 mois**

3. FRAIS DE DÉFENSE ET D'AVOCAT

Généralement, les spécialistes estiment dans les Entreprises, que les frais indirects internes en cas de prud'hommes, s'élèveront à peu près au double des honoraires de défense. Soit, selon le temps passé, le nombre d'audiences et la notoriété de l'Avocat, un coût réel que l'Entreprise peut estimer elle-même, mais au moins égal à : .... **mois**

4. APPLICATION DE L'ARTICLE 700 du Nouveau Code de Procédure Civile

Il serait probablement demandé entre 500 € et 1 500 €, soit .... **mois**

5. *Éventuellement : Défaut de procédure* .... ***1 mois***

TOTAL DU RISQUE	minimum =	mois
TOTAL DU RISQUE	maximum =	mois
TOTAL DU RISQUE	médian =	mois

Soit, pour l'employeur, une provision en euros s'élevant à : €

LES PROCÈS LES PLUS FRÉQUENTS

Sur les 200 000 affaires par an, 82 % des actions prud'homales intentées par les salariés traitent au moins de la rupture du contrat de travail.

Les procès portent principalement :
- sur la contestation de la cause réelle et sérieuse ;
- sur l'irrégularité dans la procédure ;
- sur la disproportion entre la mesure de licenciement et les faits reprochés ;
- sur le non-respect de la priorité de réembauchage ;
- sur la non-présentation d'une convention de conversion ;
- sur le remboursement à l'ASSEDIC…
- très peu de procès portent sur l'annulation d'une sanction (0,3 % des actions prud'homales).

QUESTIONS / RÉPONSES

La remise avant la fin du préavis du certificat de travail et du solde de tout compte constitue-t-elle un défaut de procédure ?

Non, cette anticipation est parfois souhaitée par le salarié, bien que rien n'oblige l'employeur (Cass. Soc. 23.05.1984 n° 82-41.993).

Après un jugement prud'homal condamnant l'employeur, qu'advient-il si les parties signent une transaction avant l'appel ?

La transaction lie les parties qui l'ont signée, mais pas les tiers. Cette transaction n'a pas pour effet d'arrêter une poursuite pénale ou de repousser la demande de l'ASSEDIC de remboursement des six premiers mois d'indemnisation (Cass. Soc. 07.06.1995, R.J.S. 8/95 n° 876, 18.07.2001).

Quels conseils donner à un employeur cité aux Prud'hommes ?

1) Il a intérêt à très bien constituer son dossier :
   - démontrer le respect des procédures avec copie des pièces ;
   - justifier de la (ou des) cause réelle et sérieuse ayant motivé la rupture, avec pièces telles lettres d'avertissement, témoignages, lettres de plainte de clients, rapports, données chiffrées… Car « si un doute subsiste, il profite au salarié ».
2) Déterminer au vu du dossier s'il a intérêt à se défendre lui-même ou avec ses spécialistes, ou s'il a intérêt à confier le dossier à un avocat spécialisé.
3) S'armer de patience, les procédures sont longues.

Quels conseils donner à un salarié voulant intenter une action prud'homale ?

1) De préparer son dossier, en se rappelant que seules les pièces comptent :
   – sortir les pièces prouvant un éventuel défaut de procédure ;
   – rassembler les pièces, les témoignages démontrant l'absence de cause réelle et sérieuse ;
2) Déterminer s'il veut se défendre seul, se faire défendre par un spécialiste de son syndicat, ou prendre un avocat qui devra être d'autant plus spécialisé que son dossier est complexe.
3) S'armer d'une très grande patience : les procédures sont souvent très longues, même dans les cas où il n'y a pas appel.
4) Relire *Perrette et le pot au lait*, et ne pas rêver ou fantasmer sur les sommes qu'il obtiendra.

D'ailleurs, nous conseillons au salarié de ne citer son employeur aux Prud'hommes que si celui-ci est fermé à une transaction honorable.

Il n'est pas interdit de demander une consultation à un avocat spécialisé, uniquement pour savoir si on a raisonnablement plus de chances d'obtenir une somme supérieure par les tribunaux que le montant d'une proposition patronale de transaction.

Le non-respect d'une procédure conventionnelle est-il sanctionnable ?

Certaines conventions collectives, statut ou convention d'entreprise, prévoient une procédure un peu plus complexe que la procédure légale en cas de licenciement. Par exemple, la comparution devant un Conseil de discipline. Si l'employeur n'avait pas respecté cette procédure, le salarié pourrait obtenir des Prud'hommes des dommages et intérêts, dans la mesure où il justifierait du préjudice subi (Cass. Soc. 17.12.1987 n° 4627). Cette réparation de préjudice peut être cumulée avec l'indemnité de licenciement abusif de six mois minimum (Cass. Soc. 28.11.1995 n° 4651).

Un licenciement ayant pris en considération le sexe ou la situation de famille ouvre-t-il droit à des sanctions particulières ?

Oui, le salarié doit être réintégré et considéré comme n'ayant jamais perdu son emploi. C'est-à-dire que l'employeur devra le rémunérer depuis la cessation de son contrat.

Si le salarié refuse la réintégration, il bénéficie :

– de l'indemnité égale au minimum aux salaires des six derniers mois ;

– de l'indemnité de licenciement, et de tous ses droits dont le rappel de salaire.

L'employeur doit le remboursement à l'ASSEDIC des six premiers mois d'indemnisation.

Si l'employeur tombe en liquidation judiciaire après le licenciement du salarié, qu'advient-il ?

Les créances salariales antérieures au jugement d'ouverture, et notamment celles qui résultent d'un licenciement prononcé avant la mise en liquidation judiciaire de l'entreprise, ne peuvent donner lieu à une condamnation contre l'A.G.S. ou le liquidateur judiciaire.

Ces créances ne peuvent qu'être reconnues et portées sur un état des créances résultant du contrat de travail, pour la mise en œuvre de la garantie A.G.S. (articles L. 143-11-7 du C.T. et L. 621-125 et 126 du Code du commerce).

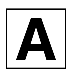
L'A.G.S. ne saurait être condamnée, elle n'est tenue d'avancer les sommes nécessaires au paiement des créances admises qu'entre les mains du représentant des créanciers (Cass. Soc. 10.10.2000, R.J.S. 3/00 n° 281 et 05.01.2005, R.J.S. 3/05 n° 278).

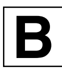
Un salarié peut-il lever ses options sur actions en cas de licenciement ?

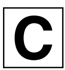
- Si son contrat de travail prend fin après le délai où il peut librement lever ses options, il peut le faire.
- Si par contre il est licencié avant la date prévue pour la levée des options, il ne pourra pas les lever. Il ne pourra que solliciter l'indemnisation du préjudice subi, mais à condition que son licenciement soit reconnu par les juges comme dénué de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 01.12.2005 P + B).

INDEX THÉMATIQUE

Dans les références ci-après :
- ***les chiffres romains renvoient aux chapitres (de I à XXXIII) ;***
- ***les lettres renvoient aux § (sous chapitres) après “PLUS DE DÉTAILS” ;***
- ***la lettre “Q” après un chapitre renvoie à l’une des questions en fin de chapitre après : “QUESTIONS / RÉPONSES”.***

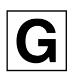




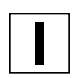


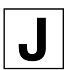


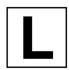




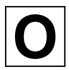





J

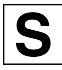

L



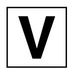

O


P









Doublement de l'indemnité de licenciement, renforcement de la protection pour la grossesse-maternité, progressivité de la retraite, pratique accrue de la rupture conventionnelle… Le Droit du travail ne cesse d'évoluer.

Pour en rendre compte avec précision dans cette 9e édition et fournir aux salariés et à tous ceux qui sont sur le terrain les réponses précises dont ils ont besoin, (après la recodification du Code du travail et les lois et règlements qui ont suivi le dernier Accord national interprofessionnel), ce guide a été entièrement réécrit. Il permet ainsi à chacune des parties - employeurs et salariés - de **parfaitement connaître et défendre ses droits**.

Rédigé par un avocat spécialiste du Droit du travail et animateur **Francis Lefebvre Formation**, ***Démission, départ négocié, licenciement, retraite, sanctions*** propose pour chaque situation de rupture de contrat de travail :

- une **présentation juridique claire** des dispositions légales les plus récentes ;
- une **visualisation simple des procédures** à suivre dans chaque cas ;
- des **commentaires détaillés** sur chaque étape de procédure pour préciser ses conséquences, ses limites et la jurisprudence la plus récente ;
- les **réponses concrètes** à plus de 200 questions précises reflétant la majorité des cas particuliers qui peuvent se présenter à vous ;
- un **rappel des procès les plus fréquemment intentés** ;
- des **modèles de lettres** pour l'employeur comme pour le salarié ;
- un **index** thématique très complet.

Remarquable compromis entre les ouvrages trop superficiels et les sommes juridiques pour spécialistes, **ce livre s'est imposé aussi bien auprès des salariés que des employeurs comme le guide le plus immédiatement et concrètement utile**.

ISBN : 9782840015901